محمد أبو زهرة

أحكام التركات والمواريث

محمد أبو زهرة

أحكام التركات والمواريث

مَطبَعَة مُخَيمَر
٢٩ شارع الجيش ت ٤٧١٩٢

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله رب العالمين ، والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم النبيين ، وعلى آله وصحبه أجمعين .

أما بعد فان المواريث قد تولى قسمتها القرآن الكريم فى محكم آياته ، وشرحتها السنة النبوية بمتضافر الأخبار ، ومشهور الآثار ، وخرّج أحكامها ، وقايس بين أشباهها أعلام الصحابة ، وأئمة الفقهاء ؛ وإن الباحث إذا تتبع أحكام هذه الشريعة الخالدة لم يجد من بينها ما فصله القرآن تفصيل الفرائض ؛ ولقد عُدّ العلم بها عند بعض العلماء ثلث علم الدين ، لقول النبى الكريم : « العلم ثلاثة ، وما سوى ذلك فهو فضل : آية محكمة ، أو سنة قائمة ، أو فريضة عادلة » ولقد صرح الأكثرون بأنها نصف العلم ، لأن النبى ﷺ صرح بذلك إذ قال : « تعلموا الفرائض وعلموها الناس ، فإنه نصف العلم ، وهو أول شىء ينسى ، وأول شىء ينتزع من أمتى » .

وإذا كانت تلك منزلة الفرائض فى فقه هذه الشريعة ؛ فقد عدها بعضهم علماً قائماً بذاته ، ولم يعتبر بابا كسائر أبواب الفقه وأقسامه ؛ ولقد تتابعت فيها المؤلفات قديما وحديثاً ، وكان من الأقدمين كما كان من المتأخرين من خصها بالتأليف ، وأفردها بالتصنيف . وكان ذلك من دواعى إحجامنا عن الكتابة فيها مع تمرُّسنا بتدريسها ، لأنا لانكتب فيما كررت الكتابة فيه ، حتى لايكون قولنا من مكرور القول ، ولكيلا يكون تأليفنا صدى لأقلام غيرنا ، ولكى يكون فيما نكتب فائدة تبتغى ، ومعنى خاص لأجله يقصد .

ولكنا وجدنا أخيراً الحاجة ماسة إلى الكتابة فى المواريث والتركات ؛ لأن التركات اتخذت حيزاً فى عدة من قوانيننا ، ففى القانون المدنى الجديد أحكام مستفيضة خاصة بتصفية التركات ؛ وفى الوصية بيان لبعض أحكام لها بالميراث صلة ، وقانون

المواريث نفسه فى مواده ما يحتاج إلى فضل البيان ؛ لمعرفة الأصل الذى اشتق منه ، والمصدر الذى صدر عنه .

من أجل هذا كتبنا ذلك الكتاب ، وتحرينا فيه أن ينتفع به الطالب ؛ فيجد فيه مسائل الفرائض ذللا ، سهلة المأخذ ، قريبة المتناول ، كما تحرينا أن يجد فيه الباحث ما ينقع غلته ، وإن لم يشبع نهمته .

ولذلك (١) جهدنا فى أن يكون فى الكتاب تسهيل وتوضيح لأصول الفرائض وتقسيمها ، وأكثرنا من ضرب الأمثال ، وتوضيح الحلول ، وإزالة ما يحتمل أن يلتبس على الطالب ، ويشتبه عليه ؛ (٢) واجتهدنا فى بيان الأدلة التى توضح المصدر الشرعى ؛ والمنهج القياسى ؛ فان ذلك يرهف قوى الاستدلال لدى طالب القانون ؛ ويعوده النقد البرهانى المستقيم (٣) ولقد وازنا بين ماجاء فى القانون المدنى من أحكام تصفية التركات وما جاء فى الشريعة الإسلامية ، فأشرنا إلى ما اجتمعا فيه ، وما افترقا ، لتتميز القواعد الشرعية عن القواعد القانونية .

هذا وإنا نضرع إلى الله العلى القدير أن يمن علينا بنعمة التوفيق ، فانه لولا فضل الله وتوفيقه ما كان لنا من أمرنا يسر ، وما كان لنا هدى فيما نكتب : « الحمد لله الذى هدانا لهذا ، وما كنا لنهتدى لولا أن هدانا الله » .

ذو الحجة سنة ١٣٦٨
أكتوبر سنة ١٩٤٩

محمد أبو زهرة

تمهيد

فى بيان نوع الملكية بالميراث بالنسبة لغيره

١ – الملك بالميراث قسم لنوعين آخرين من أسباب الملكية ، وذلك لأن أسباب الملكية ثلاثة :

أولها – أسباب منشئة للملكية بعد أن لم تكن ملكية قط على الشيء ، وهى إحراز المباح والصيد ، والاستيلاء على المعادن والكنوز ، وغير ذلك مما يعد إنشاء للملكية على شيء لم تكن ملكية ثابتة عليه من قبل .

وثانيها – أسباب ناقلة للملكية من حيز إلى حيز ، وهى التصرفات الناقلة للملكية ، سواء أكانت فى أصل وضعها لنقل المال من مالك إلى مالك ، أم كانت موضوعة لمقاصد أخرى ، ولكن جاء نقل الملكية تبعاً للمقصد الأصلى ، كالمهر فى الزواج ، فانه ينقل إلى ملكية الزوجة بعقد الزواج ، وإن لم يكن عقد الزواج فى حقيقته لنقل ملكية المالك ، بل المقصد الأول منه هو حل العشرة الزوجية بين الزوجين ، وجاء المهر تبعاً لذلك .

ثالثها – الملكية بالخلافة عن المالك ، وهذا النوع هو الذى تئول الملكية فيه إلى شخص له صلة بالمالك الذى مات ؛ لأن الموت يذهب بالذمة المالية للميت على تفصيل فى ذلك ، فكان لا بد أن ينتقل ما كان له من أموال وحقوق إلى آخر بعد خليفة له ، وهذا الذى تنتقل إليه الأموال والحقوق يكون فى الغالب وجوده امتداداً لوجود الميت ، أو ممن عاونوه وناصروه فى حياته ، حتى كادوا يكونون شركاءه فى تكوين ماله وحمايته .

٢ – وهذه الخلافة قد تثبت بحكم الشارع ، وهذا فى المواريث ، فإن خلافة الوارث للمورث فيما له من أموال وحقوق تثبت بحكم من الشارع ، لا بإرادة المورث ، بل من غير إرادة الوارث ؛ ولذلك قالوا إنه لايدخل شيء فى ملك الإنسان جبراً عنه سوى الميراث ، فإنه يدخل فى ملكه من غير إرادته .

وقد تثبت هذه الخلافة بإرادة المتوفى ، وهذا فى الوصية ، فالموصى له يملك ما يوصى به بمقتضى ما صدر عن الموصى ، وهى خلافة اختيارية من الموصى ومن الموصى له ، فالموصى أراد أن يكون هذا خليفته فى قدر محدود من ماله ، والموصى له قبل تلك الخلافة مريداً مختاراً .

٣ — ولقد حد الشارع حدودا للخلافة الاختيارية فى القدر الذى تجوز فيه ، وفى صفة الموصى له ، وفى الباعث على تلك الخلافة ، وفى الشروط المقترنة بها ، ولم يترك الأمر فيها لإرادة الموصى ، لأن الأصل عند فقهاء المسلمين أن الشارع هو الذى يتولى أمر الخلافة فى مال الميت ، وينظمها ، ولكن لكى يتدارك الشخص ما عساه قد يكون قد فاته فى حياته من واجبات أجاز له الشارع الإسلامى أن يختار خليفته فى قدر معين من تركته ، وهو الثلث ، على أن يكون فى ذلك غير متجانف لإثم ، ولا قاصد لأمر محرم ، ولذلك قال ﷺ : « إن الله تبارك وتعالى تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم زيادة فى أعمالكم ، فضعوه حيث شئتم » وروى أن سعد بن أبى وقاص كان مريضاً فعاده رسول الله ﷺ ، فقا يا رسول الله أوصى بجميع مالى ؟ فقال : لا ، فقال : فبثلثى مالى ؟ قال : لا ، قال فبنصف مالى ؟ قال : لا ، قال فبثلث مالى ؟ فقال عليه الصلاة والسلام : الثلث والثلث كثير ، إنك إن تدفع ورثتك أغنياء خير من أن تدعهم فقراء يتكففون الناس » وبهذين الحديثين ثبت أن الشارع الإسلامى جعل الخلافة له ، يتولاها بالتنظيم والتوزيع العادل ، وترك للشخص التصرف بعد وفاته فى الثلث فقط تداركا لما فاته من واجبات ، كما قلنا ، ورفعاً لخسيسة من يرى له حقاً فى ماله ، أما الثلثان فأمرهما إلى الشارع الحكيم ، وقد قال تعالى بعد أن أعطى كل ذى حق حقه « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

وقد بينا الخلافة الاختيارية فى كتابنا الوصية ؟ والآن نتكلم فى الخلافة الاجبارية ، وهى الميراث ، وقبل أن نخوض فى بيان التقسيم الميراثى العادل ، وطرق التوزيع نتجه إلى بيان الحقوق المتعلقة بالتركة ، ووقت تعلقها ، ومعنى التركة ، وترتيب الحقوق فيها .

القسم الأول

حق الملك بالخلافة وحق الدائنين ووقت تعلقهما بالتركة

٤ — تبين مما تقدم أن الخلافة قسمان : خلافة اختيارية ، وهى بالوصية فى الحدود التى رسمها الشارع والقانون ، وخلافة إجبارية ، وتكون بالميراث . وكلتا الخلافتين تتم وتترتب أحكامها إذا حصلت الوفاة ، فلا فارق بينهما فى هذا ، بيد أن الخلافة الاختيارية لا إلزام بها مطلقاً قبل الوفاة ، ولو فى مرض الموت ، لأنها لا تلزم إلا بالوفاة ، فهى قبل الوفاة غير ملزمة لأحد ، فلا تتعلق بشىء من أموال المريض مرض الموت ، أما الخلافة الإجبارية ، فإنها ملزمة قبل الوفاة ، ولذلك يثبت الحق فى هذه الخلافة من وقت نزول مرض الموت [1] ، وينازعه بل يثبت بشكل أقوى — حق الدائنين .

وذلك لأن الموت تثبت به حقيقتان : إحداهما العجز المطلق ، وثانيتهما خلافة الوارث عن المورث فيما كان له من أموال وحقوق على تفصيل فيها . والعجز يجعل ذمة الميت غير صالحة لتعلق الحقوق بها وحدها ، فتصير الديون التى كانت لغيره قبله متعلقة بماله معها ، لا بذمته فقط ، كما يثبت بالخلافة حق الوارث فى الأشياء التى يتركها المورث ، ولهذا يثبت بالموت حق الغرماء والورثة فى التركة ، ولما كان المرض الذى أفضى إلى الموت هو سببه العادى ثبت حق الورثة والغرماء من وقت حدوث ذلك المرض ، لأن الحقوق والأمور تضاف إلى أسبابها .

وبيان ذلك أن المرض إذا اتصل بالموت صار المرض موصوفاً بأنه مميت ، إذ الموت يحدث بضعف القوى شيئاً فشيئاً ، وكل جزء من المرض مضعف لبعض

---

(١) التعريف الجامع المانع لمرض الموت ، أنه المرض الذى يتحقق فيه أمران أحدهما أن يكون مرضاً من شأنه أن يحدث الموت غالباً — ثانيهما — أن يموت الشخص بالفعل موتاً متصلا به ، وقد اختلف الفقهاء فى أماراته اختلافاً طويلا .

القوى ، وكل وقت يمر بالشخص مريضاً هو جزء من الطريق الذى ينتهى بالموت ، فكان الموت إذن مضافا إلى المرض من وقت نزوله بالمريض ، وصارت مجموعة أحوال المرض وأطواره وتدرجه من احتمال القوى الإنسانية له إلى تخاذلها عن احتمال بمنزلة جراحات متفرقة أدت إلى الموت ، وعلى ذلك يكون الموت قد ابتدأ يدب فى الجسم من وقت حلول المرض به ، وابتدأ العجز من ذلك الوقت ، وإذن فقد ابتدأت الذمة لا تصلح لتعلق الديون بها ، فصار حق الدائنين متعلقاً بالأموال لا بها ، كما ثبت حق الخلافة ، فيتعلق حق خلافة الوارث بماله أيضاً ، وعلى هذا الأساس قرر الفقهاء أن حق الغرماء فى استيفاء ديونهم وحق الورثة فى الخلافة يثبتان من وقت نزول مرض الموت (١) .

٥ — وإذا كان كلا الحقين يثبت من وقت نزول مرض الموت ، فهما مختلفان فى نوع التعلق ومداه ، فالغرض من تعلق حق الدائنين بما له هو التمكن من الاستيفاء ، ولذا يتعلق بمال المريض معنى لا صورة ، أى أنه لا يتعلق بذات الأشياء ، بل يتعلق بماليتها ، أى مقدار ما فيها من مالية ، وهو قيمتها التى يقومها المقومون ، ولذا يصح للورثة بعد موت مورثهم أن يستخلصوا التركة بسداد ما عليه من ديون ، كما يصح لهم أن يشتروا بعض أعيان التركة بقيمتها فى حياة المورث ، وكما يصح للمريض مرض الموت أن يبيع بعض ماله لأجنبى بقيمته ، ولو كان حق الدائنين متعلقاً بذات المال لا بقيمته ما ساغ للمريض أن يبيع بقيمته ، ولا ساغ للورثة أن يشتروا بعض المال فى حياة المريض . (٢)

أما حق الورثة فى الخلافة فإنه يكون بعد الديون فى الرتبة ، وهو يتعلق بثلثى التركة بعد الدين ، لا بالتركة كلها ، وأما بالنسبة لتعلقه بالمالية أو بالذات فقد اختلف فى ذلك الإمام أبو حنيفة مع الصاحبين ، فقد قال الصاحبان إنه كحق الغرماء متعلق بمالية التركة لا بأعيانها وذواتها فى مدة مرض الموت ، سواء

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام الجزء الرابع ص ١٤٢٧ وما يليها

(٢) المرجع السابق ص ١٤٣١ .

أكان ذلك بالنسبة للورثة ، أم بالنسبة لأجنبي ؛ ولذلك يصح عندهما أن يبيع المريض مرض الموت ماله لبعض ورثته بمثل القيمة ؛ لأن ذلك لا يمس حق الورثة ، إذ حق الورثة فى سلامة المالية فى ثلثى التركة ، وذلك يثبت بالبيع بمثل القيمة من غير غبن مطلقاً بلا فرق بين أن يكون البيع لوارث أو غيره .

وقال أبو حنيفة يتعلق حق الورثة بالمالية بالنسبة لتصرفات المريض لغير الورثة ، أما بالنسبة لتصرفه مع الورثة فحقهم متعلق بالمالية ، وذات التركة ، أو كما يعبر الفقهاء ـ متعلق بالأموال صورة ومعنى ، وذلك لأن حقهم فى الاعتراض على تصرف المريض مع الأجنبي لكى يضمنوا سلامة ثلثى التركة لهم ، وثلثا التركة يقدران بالقيمة ، فصار الحق متعلقاً بقيمة التركة أى بمعناها أو بماليتها ، لا بصورتها وأعيانها : أما حقهم فى الاعتراض على تصرفه مع الوارث ، وهو مريض مرض الموت فسببه أن يضمنوا أنه لم يؤثر بعض الورثة على بعض بعد وفاته ؛ لأن الله سبحانه وتعالى وزع المواريث فى كتابه ، وكل من قصد غير مافى كتاب الله تعالى رد عليه قصده ، وإن الإيثار كما يكون بالمحاباه بالعطاء من غير عوض يكون بأعيان يختارها له ، ولو كانت بقيمتها ، وذلك لتكون الأحكام الفقهية بالنسبة للوراثة تسير على نظام منطقى واحد ، إذ أنه لو أراد أحد الورثة بعد الوفاة أن يختص بإحدى أعيان التركة بقيمتها لا يتم له ذلك إلا برضا الورثة ، فكذلك الحكم لو أراد ذلك المورث فى آخر حياته ، وقد تعلق بالمال حق الإرث [1] .

٦ — هذا هو الفقه ، والاختلاف بين أئمة المذهب الحنفى ، بالنسبة لتعلق حق الورثة بثلثى المال فى حال مرض الموت . ولكن المعول به الآن ،

---

(١) راجع فى هذا كشف الأسرار الجزء الرابع ص ١٤٢٩ . فقد ذكر الخلاف بين الإمام والصاحبين فى هذا ، ولكن نقل فى شرح السراجية أن حق الورثة متعلق بالمالية ، لا بعين التركة ، وأطلق ولم يفرق بين حال التصرف مع الأجنبى والتصرف مع الوارث ، وهو فى ذلك يسير على رأى الصاحبين .

أن حق الورثة فى ثلثى المال من حيث التصرف ، لايختلف بالنسبة للتصرف مع الأجنبي ومع الوارث على سواء ، وذلك لأن قانون الوصية أجاز الوصية لوارث كما أجازها للأجنبى على سواء ، فهو يجيز محاباة الوارث بثلث المال بعد الديون ، وإذا كانت المحاباة بثلث المالية جائزة ، فكذلك تكون المحاباة بصورة المال جائزة ، فيكون الأمر على نظام منطق واحد ، فيجوز أن يختص بعض الورثة ببعض ماله بقيمته ، لأنه يجوز أن يختص به من غير قيمته .

وفوق ذلك قد أباح قانون الوصية للشخص أن يوصى بتقسيم تركته بين ورثته وتخصيص نصيب لكل واحد من ورثته ، ولو كانت فى ذلك محاباة لبعضهم بشرط ألا تتجاوز المحاباة الثلث ، ولا حاجة فى تنفيذ هذه الوصية إلى إجازة الورثة وقد نصت على ذلك المادة الثالثة عشرة من قانون الوصية ، وهذا نصها :

« تصح الوصية بقسمة أعيان التركة على ورثة الموصى بحيث يعين لكل وارث أو لبعض الورثة قدر نصيبه ، وتكون لازمة بوفاة الموصى ، فإن زادت قيمة ماعين لأحدهم على استحقاقه فى التركة كانت الزيادة وصية » .

وإن إجازة الوصية لوارث أو محاباته فى مرض الموت ، لم يعتمد فيها القانون على مذهب من المذاهب الأربعة ، بل اعتمد على بعض مذاهب الشيعة ، وتعلق ببعض نصوص القرآن الكريم .

أما لزوم الوصية بتقسيم التركة من غير محاباة بزيادة فى الاستحقاق ، فقد اعتمد فيه على قول فى مذهب الشافعى ، وعلى أحد الوجوه فى مذهب أحمد رضى الله عنهما (١) .

٧ — ومهما يكن وجه تعلق حق الورثة فى الخلافة حال مرض الموت ، فإنه من المتفق عليه أن ذلك الحق ثابت ، وهنا يثير الفقهاء بحثاً نظرياً فى نوع ذلك الحق ؛ أهو حق الملكية فى ثلثى ما يبقى بعد الديون ، أم هو مجرد الحق فى الخلافة لايثبت ملكا ؛ وإنما الملكية تبتدىء فقط من وقت الوفاة ؟ .

يذكر الكاسانى فى بدائعه خلافا بين المتقدمين والمتأخرين من الفقهاء فى ذلك

---

(١) راجع فى هذا شرح قانون الوصية للمؤلف .

ويسوق لذلك أدلة ، فيقرر أن المتأخرين يرون أن حق الوارث فى وقت مرض الموت لا يتجاوز حقه فى الخلافة ، وأنه ثبت فى وقت المرض لكى يصان ثلثا التركة للوارث ، وهما الحق الذى قرره الشارع له ، وهو يمنع المريض من أن يتصرف فيه بعد الوفاة ، ويقرر أن بعض المتقدمين يرون أن ذلك الحق هو حق ملكية ، ومع أن ذلك الخلاف نظرى ليس فيه جدوى من ناحية العمل ولا من ناحية النتيجة المقررة نذكره لأن فيه بيانا لمناحى تفكير الفقهاء السابقين ، ولذلك نبين أدلة الفريقين ليكون البيان أتم .

يستدل للمتقدمين فى إدعائهم أن حق الورثة فيما يتعلق به من ثلثى التركة بعد الديون — حق ملكية بأن الرسول ﷺ قال : « إن الله تصدق عليكم بثلث أموالكم فى آخر أعماركم . . . » وهذا التصدق يكون باستبقاء الملك على الذمة وقت مرض الموت فى الثلث ، وهذا يقتضى أن الثلثين قد زال ملكهما عن المريض وإذا كان قد زال الملك فى الثلثين ، وخلت ذمته منه ، فأنه سيؤول إلى الورثة ، لأنهم خلفاؤه فى ماله ، ولأنهم أقرب للناس إليه ، وحياتهم امتداد لحياته .

ولقد أجمع فقهاء المسلمين على أن تبرع المريض مرض الموت لا ينفذ فى أكثر من الثلث إلا باجازة الورثة . ولو كان ملكه ثابتاً فى الثلثين لنفذ تبرعه بالزيادة على الثلث ، فعدم نفاذه دليل زواله ، ولا يزول إلى غير مالك ، بل يزول إلى مالك هو الورثة .

ومع اتفاق المتقدمين من الحنفية على أن حق الورثة فى مرض الموت هو حق ملك اختلفوا أهو ملك من كل وجه أم هو حق ملكية ثابتة من وقت الوفاة ، ولكنها مستندة إلى وقت المرض ، وقد اتفق الفريقان على أن الملكية لا تظهر إلا بالوفاة ، والفرق بين الرأيين أن الموت على الرأى الأول يكشف عن حقيقة ثابتة كانت مستورة قبله ، وهى أن الأموال كانت ملكا للورثة من وقت وجود سبب الموت ، وهو مرض الموت ، أما الرأى الثانى فيقول إن الموت هو سبب الملكية بالخلافة فلا توجد إلا بوجوده ، ولكن إذا ثبتت الملكية بالموت تثبت مستندة إلى أول أعراض الفناء وهو مرض الموت .

هذا نظر المتقدمين ، ودليلهم ، أما دليل المتأخرين فى قولهم إن الورثة يثبت لهم فى وقت مرض الموت حق فى الخلافة ، وليس ذلك ملكا من أى وجه من الوجوه — فعماده الإجماع على أن تبرع المريض بأكثر من الثلث لا يمس فى حياته ، ولكن ينقض بعد وفاته إن أراد الورثة نقضه وكان هناك مسوغ ، فقد كان تصرفا منعقداً نافذاً ، وهو يدل على أنهم ما كانت لهم ملكية قبل الوفاة ، ولو بسبيل الاستناد ، وفوق ذلك فإنه من المتفق عليه أنه لو كان الوارث غير أهل للميراث وقت مرض الموت ، ثم يصير أهلا عند الموت فقد اتفقوا على أنه يكون وارثا ، ويكون له كل حقوق الوارثين من الاعتراض على كل تبرع يتجاوز الثلث ، فلو كان حق الورثة هو الملكية وقت مرض الموت وقبل موته ما كان لهؤلاء الذين ورثوا ، ولم يكونوا أهلا للميراث فى المرض كغير مسلم أسلم — حق فى الميراث ؛ لأن باقى الورثة قد ملكوه ، وما كان لهؤلاء الذين صاروا وارثين عند الوفاة الحق فى نقض ما تبرع به مورثهم ؛ لأن حق الإرث لم يكن ثابتا طول مدة مرض الموت ، ولكن ثبت لهم حق الاعتراض ، فلا يمكن أن يكون حق الوارث فى الاعتراض حق ملكية ، ولو من وجه الاستناد ، لأن شرط الاستناد الصلاحية لأن يثبت الحق فى المدة التى يستند الحكم إليها (١) .

وفى الحق إن نظر المتأخرين هو المعقول ؛ لأن إعطاء الوارث حقاً فى حال حياة المريض إنما هو فرض وأمر اعتبارى ليستقيم منطق الأحكام ، وتتسق المبادىء الفقهية ، إذ ثبت شرعا أن للوارث إبطال بعض التصرفات التى تصرفها الميت فى أثناء مرض موته ، فلا تنفذ تلك التصرفات إلا بإجازته مع صدورها فى حياة من له الأهلية الكاملة والولاية التامة ، وإذا كان ذلك ثابتاً للوارث قبل تقرير ميراثه فلا بد أن نفرض له حقا فى آخر حياة مورثه ، حتى يمكن أن يكون له حق نقض بعض التصرفات ، ويجب أن يقدر ذلك الحق بأقل الصور التى يتصور معها ثبوت حق الإجازة والمنع بعد الموت ، فيكتفى فى ذلك بفرض حق الإرث أو حق الخلافة له فى حال حياة الوارث ؛ لأن الأمور الفرضية لا تقدر إلا بمقدار الضرورة

---

(١) راجع فى هذا البدائع ج ٣ ص ٢٢٠ وما يليها .

الفكرية التى تضطر الباحث إلى فرضها ، ليستقيم منطق الأحكام ، وتأخذ المبادىء الفقهية بعضها بحجز بعض ؟ .

٨ — ولابد من التنبيه هنا إلى أن المريض مرض الموت فى أثناء مرضه ليس لأحد عليه من سلطان ، وإنما ينظر فى تصرفاته بعد وفاته ، فان كانت تمس حق الورثة فى الحدود التى ذكرناها كان لهم الإعتراض عليها ونقضها ، أو كانت موقوفة على إجازتهم ، لأنه يتبين أن التصرفات تمسهم ، وليس لهم الإعتراض فى حياته لأن المرض لايتبين أنه مرض موت ، إلا إذا اتصلت به الوفاة فعلا ، وليس لهم الإعتراض قبل تحقق السبب المنشىء لحق الإعتراض .

وكذلك الدائنون ليس لهم الحق العينى فى أموال المريض إلا إذا ثبت أن المرض مرض موت بأن اتصل الموت به ، وفى حال حياته ليس لهم الإعتراض ، إلا بقدر ما للديون فى ذاتها من قوة ، من غير نظر إلى مرض المدين أو سلامته .

٩ — وقد نوهنا فيما قلنا إلى أن حق الدائنين مقدم فى الاعتبار عن حق الورثة وإن ذلك يقتضى عند النظر فى التصرفات التى تصرفها الميت فى أثناء المرض الذى انتهى بموته أن نبين حالين (إحداهما) إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، وفيها سداد لها أو لم يكن ، وحق الدائنين فى هذه الحال أن تسلم قيمتها لهم ، فكل تصرف حدث فى أثناء المرض لايمس القيمة فى جملتها فهو نافذ ، وإن لم يجيزوه ، وكل تصرف يمسها فهو غير ملزم لهم ، بل لهم نقضه بعد وفاته ؛ فكل تبرعاته قابلة للنقض منهم ، ولا تلزمهم ، وكذلك كل بيع أو شراء فيه غبن ولو كان يسيراً لهم حق فسخه إلا إذا زاد المشترى أو نقص البائع بما يزيل الغبن ، لأن حقهم تعلق بالقيمة والمالية فيجب أن تسلم لهم ، وإذا باع أو اشترى بلا غبن لم يكن لهم أن ينقضوه ؛ لأن حقهم متعلق بالقيمة وقد سلمت لهم ؛ فلا وجه لاعتراضهم ونقضهم ما أبرم .

ولا شأن للورثة بالتركة إذا كانت مستغرقة بالدين على تفصيل سنبينه ، بيد أنهم إذا أرادوا إستخلاصها بقيمتها ، وكانت مساوية للدين أجبر الدائنون على أخذ القيمة وتسلم التركة ، وإن كانت قيمة التركة أقل كان لهم إستخلاصها بأداء الدين

كله ، وليس لهم استخلاصها بقيمتها جبرا ، لأن للدائنين الحق فى استيفاء ديونهم كاملة ، وليس لأحد أن يجبرهم على نقصها ، وعساهم يبقون التركة ، حتى يستطيعوا بيعها فى وقت تعلو فيه قيمتها ، ويكون فيها وفاء لديونهم .

(ثانيتهما) إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، ومن حق الورثة أن يسلم ثلثا قيمة التركة بعد الدين ، فكل تصرف للمريض يمس هذين الثلثين بتبرع أو محاباة فللورثة نقضه بعد وفاته ، أو هو يتوقف فى نفاذه على إجازتهم من بعد الوفاة وعلى ذلك يكون كل عقد مبادلة نافذاً من غير حاجة إلى إجازة الورثة إذا لم تكن فيه محاباة أصلا ، ولا يدخل فى المحاباة التصرف مع الغبن اليسير ، وكذلك إذا كان فيه محاباة وكانت المحاباة لاتتجاوز الثلث ، فإن تجاوزت الثلث كان لهم نقضه أو توقف على إجازتهم على حسب اختلاف الفقهاء فى التعبير .

١٠ — هذا ويلاحظ أن التصرفات التى تكون قابلة للنقض بعد الوفاة هى التصرفات المالية المحضة التى يكون فيها نقص لرأس المال ، ولاتكون قضاء لحاجاته الأصلية ، وعلى ذلك لايكون قابلا للنقض (١) النكاح والخلع ، ولو ترتب عليهما مغارم مالية ، ولكن على ألا يتجاوز المهر مهر المثل ، وألا يزيد بدل الخلع على ثلث المال ، فان تجاوز المهر مهر المثل لاينقض النكاح ، ويجب مهر المثل فقط ، وإن تجاوز بدل خلع ثلث المال لاينقض الخلع ، ولكن لايجب بدلا إلا الثلث .

(٢) ولا يكون قابلا للنقض شراء الأدوية وحاجاته التى لايستغنى عنها مالم تكن فيها محاباة ، فاذا خلت من المحاباة ، بأن اشتراها بقيمتها أو بغبن يسير يتغابن الناس فى مثله عادة ، فالتصرف نافذ غير قابل للنقض ، فان كان فى التصرف محاباة بغبن فاحش لا يتغابن فيه الناس عادة كان ذلك تبرعا قابلا للنقض من الدائنين ، ومن الورثة ، كل لحفظ حقه .

(٣) وليس من مواضع الاعتراض وطلب النقض — العقود الواردة على المنافع كالاجارة والإعارة ، لأن حق الورثة والدائنين تعلق بالأعيان نفسها لا بمنافعها ، ولأنه بمقتضى المذهب الحنفى عقود المنافع لاتبقى بعد موت المؤجر ، بل

تفسخ الإجارة والإعارة ، وعلى مقتضى المـــذاهب التى تبقى الإجارة بعد وفاة المؤجر يسرى على الإجارة النافذه بعد الوفاة مايسرى على عقد البيع ؛ من حيث ما يكون فيها من محاباة .

١١ — هذه هى الشريعة الإسلامية فى احتياطها للدائنين وللورثة من أن يمس المريض مرض الموت حقاً من حقوقهم فى أثناء مرضه ، فجعلت لهم حق نقض كل تصرف يمس حقوقهم فى الدائرة التى رسمناها .

والآن نتجه إلى القانون المدنى الجديد لنرى مقدار احتياطه للدائن والوارث وصلته بالفقه الإسلامى . أما الاحتياط للدائن من التصرفات الصادرة فى مرض الموت ، فلم نجده سوغ نقض التصرفات التى يكون فيها غبن ، ولو كان يسيراً إذا كانت التركة مستغرقة بالدين ، بينما سوغت الشريعة كما ذكرنا للدائن الاعتراض فى هذه الحال ، لأن حقه فى القيمة خالية من أى نقص كما ذكرنا ، بل لم نجد من مواد القانون المدنى ما يسوغ للدائنين الاعتراض على تبرعات المريض مرض الموت ، بعد حدوث الموت ، ولو كانت التركة مستغرقة بالديون ، ولعله ترك ذلك للضمانات العامة التى ذكرت حقاً للدائنين ، فلم يخص المريض مرض الموت بضمانات خاصة .

أما الاحتياط للورثة ، فقد كان القانون أشد احتياطاً ، لما جد من طرق التلاعب بحقوق الورثة ، فهو - ١ - يقرر كما قررت الشريعة أن البيع إذا كانت فيه محاباة تجاوزت ثلث التركة ، لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين أما إذا لم تبلغ الزيادة الثلث أو لم تتجاوزه ، فإن البيع يسرى فى حقهم من غير حاجة إلى إقرارهم [١] .

« ١ » وهذا ما اشتملت الفقرتان الأولى والثانية من المادة ٤٧٧ ، وهذا نصهما :
« ١ » إذا باع المريض مرض الموت لوارث أو غير وارث بثمن يقل عن قيمة المبيع وقت الموت فإن البيع يسرى فى حق الورثة ، إذا كانت زيادة قيمة المبيع عن الثمن لاتتجاوز ثلث التركة داخلا فيها المبيع ذاته « ٢ » وأما إذا كانت هذه الزيادة تتجاوز ثلث التركة فان البيع فيما يجاوز الثلث لا يسرى فى حق الورثة إلا إذا أقروه ، أو رد المشترى للتركة ما يفى بتكملة الثلثين

(ب) ويقرر أيضاً أن كل تبرع فى مرض الموت يعتبر وصية ، تتوقف على إجازة الورثة إن تجاوزت الثلث ، وهو فى ذلك يستقى من الشريعة .

(حـ) ولكنه يبالغ فى الاحتياط لها ، فيعتبر كل تصرف (ولو ذكر أنه مبادلة مال بمال) تبرعا إلا أن يقيم الدليل المتصرف معه على أنه دفع الثمن ، لأنه عسى أن يكون البيع صورياً ، وهو تبرع لبس لبوس البيع ، فيفرض ذلك حتى يقوم الدليل على خلافه ، وهو فى ذلك ينهج منهج القانون المدنى القديم ، على أحسن التخريجات التى جاءت فى بيع المريض مرض الموت [1] فيه .

(ء) ويقرر أيضاً أن البيع الذى يحتفظ فيه البائع بالعين وينتفع بها مدى حياته وصية أيضاً ، ولو كان من صحيح [2] .

وفى كل ذلك احتياط لفكرة الشريعة من الاحتفاظ بالثلثين للورثة ، وهو احتياط حسن يجعل الأحكام القانونية تسير على نسق فقهى واحد ، وما استحدثه .

« ١ » راجع كتاب الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية للمؤلف .

« ٢ » هذه الأحكام اشتملت عليها المادتان ٩١٦ ، ٩١٧ ، وهذا نصها .

مادة ٩١٦ « ١ » كل عمل قانونى يصدر من شخص فى مرض الموت ، ويكون مقصوداً به التبرع يعتبر تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية أيا كانت التسمية التى تعطى لهذا التصرف « ٢ » وعلى ورثة من تصرف أن يثبتوا أن العمل القانونى قد صدر من مورثهم ، وهو فى مرض الموت ، ولهم إثبات ذلك بكل الطرق ، ولا يحتج على الورثة بتاريخ السند إذا لم يكن هذا التاريخ ثابتاً « ٣ » وإذا أثبت الورثة أن التصرف صدر من مورثهم فى مرض الموت اعتبر التصرف صادراً على سبيل التبرع مالم يثبت من صدر له التصرف عكس ذلك ، كل هذا ما لم توجد أحكام خاصة مخالفة .

مادة ٩١٧ — إذا تصرف شخص لأحد ورثته ، واحتفظ بأى طريقة كانت بحيازة العين التى تصرف فيها ، وبحقه فى الانتفاع بها مدى حياته اعتبر التصرف مضافاً إلى ما بعد الموت ، وتسرى عليه أحكام الوصية مالم يقم دليل يخالف ذلك » ا هـ .

وقد قيدت التصرف بأنه لوارث كما ترى ، وما كان يسوغ ذلك ، إذ قد يتحقق هذا المعنى لغير الوارث كما يتحقق فى الوارث .

احتياط هو لدفع ما استحدثه الناس من حيل ، وغايته فيه تنفيذ الفكرة الشرعية تنفيذاً سليماً .

حق الورثة والدائنين بعد الوفاة

١٢ — ما ذكرناه كان بياناً لحق الدائنين والورثة فى وقت مرض الموت ، وقد كشف الموت عن هذه الحقوق ، وقد بينا سبب تعلق هذه الحقوق ، وقلنا إنه أمر فرضى لتنسيق الأحكام التى قررت بالموت ، وكان من مقتضاها نقض بعض التصرفات التى صدرت فى المرض .

ولا شك أن حقوق الدائنين والورثة بعد الوفاة تكون أقوى منها قبل الوفاة لأن فرض حق قبل الوفاة إنما هو لمنع الاعتداء على الحق المقرر الثابت بعدها ، فالأول حق يعد وسيلة لمقصد ، وهو الحق الثابت بالوفاة ، والآن نتكلم عن حق الدائنين والورثة وتنازعهما ، قبل أن نتكلم فى توزيع مال الميت .

١٣ — وأول ما يثار فى هذا الجزء من القول سؤال هو : هل تنتهى ذمة الميت بالوفاة ؟ إن من المقرر أن الذمة أمر فرضى اعتبارى ، يفرض ليكون محلا للالتزام وللالزام ، أى ليكون محلا لتعلق الحقوق والواجبات بالشخص ، وإذا كانت أمراً اعتبارياً ، فإنه يصح فرضه فى حال الوفاة ، كما يصح فرضه فى حال الحياة ، ولكنه يفترض لثبوت بعض الحقوق للميت كتجهيزه وتكفينه ، وتنفيذ وصاياه ، وقيام واجبات بتركته ، كسداد ديونه ، ولذلك قرر كثيرون من الفقهاء أن ذمة الميت تبقى حتى تسدد ديونه ، وتنفذ وصاياه ، بل لقد قرروا أنه قد تثبت له حقوق جديدة بعد الوفاة لم تكن ثابتة إذا باشر أسبابها فى حياته ، وتكون عليه واجبات جديدة إذا باشر أسبابها فى حال حياته أيضاً ، وضربوا لذلك مثلا ، إذا حفر حفرة ليصطاد فيها حيواناً ، ولكن لم يقع الحيوان فى الحفرة إلا بعد الوفاة ، فإنه يكون تركة له ، ويكون حكمه حكم ما كان له من أملاك ، لأنه باشر السبب ، وكذلك إذا حفر حفرة فى طريق عام فتردى فيها إنسان أو دابة ، فانه تثبت الدية ، ويكون الضمان فى تركته .

ولقد اشترط الحنفية لبقاء ذمة الميت بعد وفاته أن يكون له مال ، أو يترك كفيلا بما عليه من ديون ، وذلك لأن الذمة لاتفرض إلا لحاجة فكرية تدعو إلى فرضها ، وهو إذا مات من غير مال مطلقاً ولا كفيل له فإن ديونه تذهب بالتوى أو تثبت فى بيت المال على رأى بعض قليل من متقدمى الفقهاء غير الحنفية يرون أن أداء ديون الغارمين من مصارف الزكاة ، وعلى كلا الرأيين لايجب شىء على الميت ، وإذا كان لايجب شىء لعدم جدوى الوجوب ، فلا يكون ثمة مقتض لفرض ذمة لشخص قضى نحبه ، ولكن إذا كان له مال فثمة وجوب ، والوجوب يقتضى ذمة يتعلق بها ، وإن كان الدين بعد الوفاة قد تعلق بالتركة أيضا لضعف ذمة الميت عن احتمال الدين وحدها ، وكذلك إذا كان ثمة كفيل قد كفل الميت قبل أن يموت ، لأن المطالبة لاتسقط بموت الأصيل مفلساً ، ولكن مطالبة الكفيل فرع مطالبة الأصيل ، فلو سقط حق المطالبة عن الأصيل يسقط لامحالة عن الكفيل ، فلابد إذن من فرض وجوب الأداء على الأصيل ، ولابد حينئذ من فرض ذمة يتعلق بها الوجوب .

وإذا مات من غير مال ولا كفيل فهل يجوز أن يكفل دينه أحد ، ويكون ملزماً بالأداء عنه ؟ اختلف فى ذلك الإمام والصاحبان ، فأبو حنيفة قال : إنه لا تجوز الكفالة التى تنشأ بعد موته ، إذا لم يكن له مال ، لأن شرط تحقق الكفالة أن يكون المكفول عنه مطالباً بأداء الدين ، وبموت الشخص من غير مال ، ولا كفيل عنه فى حياته تسقط عنه المطالبة ، ويذهب الدين بالتوى ، فلا يمكن أن يتحقق معنى الكفالة الذى هو ضم ذمة إلى ذمة فى المطالبة .

وقال الصاحبان يصح أن تنشأ الكفالة من بعد وفاته استحساناً ، لأن بعض الصحابة كفلوا عن ميت ديونه بعد موته . وأقر النبى ﷺ صنيعهم ، فكان هذا دليلا على صحة الكفالة بعد الموت والإلزام بمقتضاها ، ولأن الدين لم يسقط ، ولكن لا نطالب به للعجز المطلق عن الأداء ، فصح ضمانه ، كما تصح الكفالة فى دين على العبد ، وإن كان عاجزاً عن الأداء .

وعلى مذهب الصاحبين إذا تمت الكفالة يكون للميت ذمة ، كما لو كانت الكفالة قبل موته على ما بينا .

١٤ — من هذا الكلام يتبين أن الميت له ذمة ما دامت له تركة ، ولم تسدد ديونه أو لم تنفذ وصاياه ، حتى إذا سددت الديون ونفذت الوصايا ، لم تبق له ذمة قط ، إذ انقطعت كل الالتزامات والحقوق ، وصار من الغابرين ، وقبل أن تسدد الديون تكون متعلقة بالذمة والتركة معاً ، لأن الذمة وحدها لا تتحمل الديون ؛ إذ قد صارت ضعيفة بالموت ، وإن كان لم يزلها ؛ فلا تقوى على احتمال الديون وحدها ، فضمت إليها التركة ، لكي يمكن أن تستوفى الديون ، بتتبع الأموال ، لأنه وإن كانت ذمة الميت باقية لا يمكن تتبعه ليؤدى ؛ فأقيم تتبع المال مقام تتبعه ، ليستوفى من المال ، بدل أن يلزم بالأداء من لا يمكن إلزامه .

١٥ — ولكن ما حق الورثة بجوار الديون ، ومتى تثبت الملكية لهم ؟ إنه بلا شك إذا لم تكن ثمة ديون فإن الملكية تثبت فور الوفاة ، بل لقد روى عن محمد أن الملكية تثبت فى آخر لحظة من لحظات الحياة ، بدليل أن الزوجية سبب من أسباب الميراث ؛ مع أن الموت يقطعها ؛ فلو كانت الملكية بالميراث بالزوجية عقب الموت لكانت الملكية بعد زوال سببها ؛ ولذلك فرضوا ثبوت الملكية فى آخر الحياة ؛ لتكون متصلة بالسبب ، أما إذا كانت التركة مدينة فقد اختلف الفقهاء فى وقت ابتداء الملكية ، أتبتدىء عقب الوفاة ، أم تبتدىء بعد سداد الديون ؟ لقد جاء فى حاشية السراجية ما يفيد أن ثمة خلافا بين أبى يوسف ومحمد فى هذا ، ففيها ما نصه :

« وقت جريان الإرث عند أبى يوسف ومحمد بعد موته ، وعليه مشايخ بلخ ، لأنه ما دام حيا مالك لجميع أمواله ، فلو ملكها الوارث فى هذه الحالة لأدى إلى أن يصير الشىء الواحد مملوكا لشخصين فى حال واحدة كلا ، وهذا غير معهود فى الشرع ، لكن عند محمد ملك الوارث يتعقب الموت ، وعند أبى يوسف لا يتعقب بل يتحقق إذا استغنى الميت عن ماله بتجهيزه وأداء دينه ، لأن كل جزء يجوز أن

يكون محتاجا إليه بتقدير هلاك الباقى ، وعن محمد قبل موته فى آخر أجزاء الحياة وعليه مشايخ العراق ؛ لأن الإرث يجرى بين الزوج والزوجة ، والزوجية ترتفع بالموت ، أو تنتهى على حسب ما اختلفوا ، فبأى سبب يجرى الإرث بينهما ، وعند البعض يجرى الإرث مع موت المورث ؛ لا قبله ولا بعده . . . لأن انتقال الشىء إلى ملك الوارث مقارن لزوال ملك المورث عن ذلك الشىء ، فحين يتم الزوال يحصل الانتقال [1] » .

وهذا الكلام يصرح بالخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى وقت انتقال الملكية فمحمد يراها عقب الوفاة ، وأبو يوسف يراها بعد استغناء الميت عن أمواله ، أى بعد تجهيزه وسداد ديونه .

ولم يفرق بين دين مستغرق للتركة ، ودين غير مستغرق للتركة ، ولكن جاء فى مبسوط السرخسى الذى شرح فيه كتب الإمام محمد أن المذهب الحنفى هو أن التركة إن كانت غير مستغرقة بالدين تنتقل الملكية إلى الورثة عقب الوفاة ، فى قول أبى حنيفة وهو قول علمائنا ، وإن كانت مستغرقة بالدين لا تنتقل ، وهذا نص المبسوط .

« قال علماؤنا رحمهم الله : الدين إذا كان محيطا بالتركة يمنع ملك الوارث فى التركة ، وإذا لم يكن محيطا فكذلك فى قول أبى حنيفة — رحمه الله — الأول وفى قوله الآخر لا يمنع ملك الوارث بحال من الأحوال ، لأنه يخلف المورث فى المال ، والمال كان مملوكا للميت فى حال حياته ، مع اشتغاله بالدين كالمرهون ، فكذلك يكون ملكا للوارث ، وحجتنا فى ذلك قوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فقد جعل الله تعالى أوان الميراث ما بعد قضاء الدين ، والحكم لا يسبق أوانه ، فيكون حال المدين كحال حياة المورث فى المعنى ، ثم الوارث يخلفه فيما يفضل من حاجته ، فأما المشغول بحاجته فلا يخلفه وارثه فيه ، وإذا كان الدين محيطا بتركته فالمال مشغول بحاجته ، وقيام الأصل يمنع ظهور حكم الخلف ، ولا نقول

---

(١) حاشية السراجية للفنارى ص ٤٠ و ٤١ .

يبقى مملوكا بغير مالك ، ولكن تبقى ملكية المديون فى ماله حكما لبقاء حاجته ». [1]

وفى هذا الكلام بيان أن التركة المستغرقة بالدين باتفاق فقهاء الحنفية لا تثبت الملكية للورثة فيها ؛ لأن المال كله مشغول بحاجة الميت ، فيعتبر كأنه حى ؛ ولقوله تعالى: « من بعد وصية يوصى بها أو دين» وذلك يقتضى أن أوان الميراث هو الوقت الذى لا يكون مشغولا بدين المورث ؛ ثم يبين أن المال لا يكون سائبة من غير مالك يملكه ؛ بل هو يكون على حكم ملك الميت أو فى ملكه ؛ لأن ذمته باقية حتى يتم استغناؤه عن ماله . أما غير المستغرق فإن الملك يثبت فور الوفاة فى الجزء الذى يفضل عن الدين ، أى أن الدين يمنع الملكية فيما يقابله ، وإن لم يكن متعيناً .

ولقد صرح فى غير هذا الموضع باتفاق العلماء فى المذهب الحنفى على أن المال المستغرق بالدين لا يثبت فيه ميراث ، حتى يسدد الدين ، فقد قال فى كتاب النكاح ما نصه : « وأصل المسألة أن المشغول بحاجة المورث لا يمتلكه الوارث عندنا ، كالتركة المستغرقة بالدين . . . ، وعند الشافعى رحمه الله كل ما كان مملوكا للمورث إذا لم يخرج بموته على أن يكون مملوكا للمورث يصير مملوكا للوارث » [2] .

ومعنى هذا الكلام أن التركة المستغرقة بالدين مشغولة كلها بحاجة المورث فلا تنتقل إلى الوارث .

١٦ — والذى يستخلص من مجموع هذه النصوص أن التركة إذا كانت مستغرقة بالدين، فإنها تكون كلها مشغولة بحق الميت، فلا تنتقل ، بل تبقى على حكم ملكه لبقاء ذمته ببقاء حاجته فى ماله ؛ أما إذا كانت غير مستغرقة بالدين فعلى قول أبى حنيفة الأول ، ولعل أبا يوسف كان معه أنها تعتبر مشغولة بحاجته فلا تنتقل أيضاً ؛ ولأن أوان نقل الملكية هو ما بعد سداد الدين كالنص الكريم ، وفى قوله الأخير وهو قول محمد ، ولعل أبا يوسف رجع عن قوله كما رجع شيخه أن الملكية تنتقل إلى الورثة فى غير الجزء الذى يقابل الدين .

---

(١) المبسوط الجزء ٢٩ ص ١٣٧ .

(٢) المبسوط جزء ٥ ص ١٢٠ .

وبذلك يتحرر أن المذهب الحنفي في هذا هو أن الجزء المشغول من التركة بالدين يكون على حكم ملك الميت ، والجزء الذى لا يقابل الدين يكون ملكا للورثة ، وهذا هو الذى صرح به فى الخانية فقد جاء فيها ما نصه : « الدين وإن قل يمنع ملك الوارث بقدره كالكفن » أى أن الدين لا يؤثر إلا فيما يقابله من قدر التركة ، فإن كان مستغرقا لها منعها كلها ، وإن كان مقابلا ببعضها منع فى ذلك الجزء .

وإنا نستظهر أن ذلك هو المذهب ، لاتفاق فقهاء المذهب الحنفى على جواز القسمة ، وتخصيص جزء للدين قبل سداده ، وقالوا إن ذلك كان استحسانا ، وكان القياس ألا يجوز ، لأن الدين وإن كان يمنع التوريث فيما يقابله فقط - هو متعلق بالتركة كلها تعلق ضمان واستيثاق من الوفاء ، وسيتبين ذلك فى موضعه من القسمة .

١٧ — فى الفقه الاسلامى إذن بالنسبة لوقت ملكية الوارث نظريتان :

(إحداهما) نظرية الحنفية ، كما يستخلص من أقوال أئمتهم وهى أن ملكية الوارث تكون من وقت الوفاة فى الجزء الذى لا يقابل الدين ، فالمشغول بالدين من التركة لا تثبت ملكيتهم فيه ، بل يكون على حكم ملك الميت ، أو على ملكه على اختلاف تعبير الكتب ، لأن له ذمة تبقى إلى أن تسدد ديونه ، ويستغنى عن ماله استغناء تاماً ، ولا يشغل من ماله إلا ما يحتاج إليه ولا يستغنى عنه ، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا ينتقل إلى الورثة شىء ، وإن كانت غير مستغرقة ينتقل إلى ملك الورثة جزء شائع يعادل ما يبقى بعد سداد الدين .

وحجة هذه النظرية مستمدة من الآية الكريمة ، فإنه سبحانه وتعالى ذيل بيان الفرائض بقوله « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فما يشغل بالدين من التركة هو خارج عن ملكية الورثة ؛ ولأن التركة إنما تكون فى مقدار ما يستغنى عنه الميت ، والجزء الذى يقابل الدين يحتاج إليه الميت لبراءة ذمته مما عليه من حق ، فيبقى على ذمته ، حتى تبرأ ، وتتعلق حقوق الدائنين بكل التركة على الشيوع ؛ لأن الجزء الذى يقابل الدين شائع فيها ، وهو واجب السداد قبل أى حق فيها ، ما عدا التجهيز ، على

ماسنبين ، ولا يناله الهلاك ، فما يهلك بآفة سماوية من التركة لا يسقط نظيره من الدين ، بل إنه لا يسقط شيء ، إذ كل جزء مشغول بالدين للاستيثاق ، فيصير الدين ثابتاً فى الباقى كاملا ، لأن الأساس هو عدم استغناء الميت عن التركة ، أو عن بعضها حتى يسدد الدين ، فما دام ثمة تركة ودين لم يسدد فحاجة الميت إلى ماله ثابتة ، فيتعلق بالجزء الذى يساويه شائعاً فيها كلها ، وهى كلها بمثابة الضمان لسداده من غير تفرقة بين جزء وجزء ، والضمان فى كل جزء كامل غير منقوص .

هذه هى نظرية الحنفية ، وإليها تميل عبارات كتب المالكية ، وتتجه إليها أيضاً إحدى الروايات عن أحمد بن حنبل ، ورأى بعض الشيعة الإمامية .

(والنظرية الثانية) نظرية جمهور الشافعية ، وهى أن التركة ، ولو كانت مستغرقة بالدين تثبت فيها ملكية الورثة ، فتكون على ملكهم ، ولكن الديون تكون متعلقة بها ، إذ هم خلفاء الميت ، وتتحقق هذه الخلافة بمجرد الوفاة ، إذ الأمور لا تتراخى عن أسبابها ، إلا لمانع يمنع عمل الأسباب ، والموت سبب للتوريث فتحقق الوراثة فوره ، ووجود الديون متعلقة بالتركة . وكونها مشغولة بحاجة الميت لا يمنع تحقق الوراثة ، إذا كان ذلك التعلق للاستيثاق من الأداء ولضمان حقوق الغرماء ، وذلك ليس بمانع من تحقق الوراثة ، كما لم يمنع الرهن ملكية العين المرهونة للمدين ، ومثل تعلق الديون بالتركة كمثل الرهن ، فهما فى الجملة سواء .

وحجة هذه النظرية فوق ما تقدم قوله ﷺ « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » وان التركة لو لم تنتقل إلى الورثة ، لكان يستحق فيها بالميراث كل من كان غير وارث لمانع وقت الوفاة ، ويزول المانع قبل سداد الديون ، وهذا باطل فيبطل ما يؤدى إليه

وقد يجاب عن الأول بأن المال أو الحق إنما يكون للورثة بعد الدين ، كنص الآية الكريمة ، فالحديث مقيد بها ، ويجاب عن الثانى بأن حق الوارث ثابت فى الزائد عن الدين من وقت الوفاة ، لا من وقت القسمة ، فهذا الدليل لا يرد على النظرية الأولى [1] .

---

(١) قد ساق الأدلة وبينها بالتفصيل المرحوم الأستاذ الشيخ أحمد إبراهيم بلل الله ثراه فى بحثه عن التركات ص ١٧ و ١٨

ولقد وافق الشافعيين فى هذه النظرية أشهر الروايات عن أحمد بن حنبل وبعض الشيعة الإمامية الإثنا عشرية كما ذكرنا .

١٨ — وقبل أن نتبين الآثار المترتبة على اختلاف هاتين النظريتين ، نذكر صلتهما بالقضية التى اشتهرت بين القانونيين على أنها نظرية شرعية ، وهى : « لاتركة إلا بعد سدادالدين » فإننا إن فسرنا هذه الجملة تفسيراً حرفياً كما يفهم بعض القانونيين بمعنى أنه لاملك للورثة إلا بعد سداد الدين ، نجدها تنطبق انطباقاً حرفياً على التركة المستغرقة بالدين على نظرية الحنفية ، أما انطباقها على التركة غير المستغرقة بالدين فلا يمكن تطبيقها حرفياً ، بل تخرج على أن المراد بها أنه لاتخلص التركة للورثة خلوصاً مستقراً ثابتاً غير قابل للنقض إلا بعد سداد الدين ، فإنها قبل ذلك لاتخلص لهم ذلك الخلوص ، بل يكون حقهم فيها شائعاً ، والهلاك السماوى يكون عليهم ، وإن قسمت مع ذلك قبل سداد الديون ، فإن القسمة تكون قابلة للنقض ؟ وكل هذا يقتضى أن نصيبهم فى التركة لايخلص خلوصاً مستقراً قبل السداد ، ولكن ليس معنى ذلك أن لاملكية لهم قبل السداد فى حال عدم استغراق التركة بالدين [1] .

---

(١) قد جرى ذلك الفهم الخطأ فى كثير من أحكام المحاكم المختلطة ، حتى إنها عندما ارتضت أن يجرى الإرث فى التركات الموسرة التى كانت ديونها ضئيلة بالنسبة لقيمتها — اعتبرت ذلك تخفيفاً من القضاء لقاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الدين » فقد جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ماترجمته « إن القضاء لطف من شدة القاعدة التى تقضى بأن لاتركة إلا بعد سداد الدين ، بتقرير أنه متى كانت التركة موسرة ، فإنه يتقرر حق الورثة فى الحال ، ويجوز اقتسامها ، والتصرف فى أعيانها ، وتسرى تصرفاتهم فيها على دائنى التركة ، مادامت لاتؤثر فى يسارها ، (حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر بتاريخ ٢ من إبريل سنة ١٩٣٥) .

ونرى أن عبارة الحكم صريحة فى أن إجازة اقتسام التركة إذا كانت موسرة هو من تخفيف القضاء من حدة المبدأ الشرعى « لا تركة إلا بعد سداد الدين » والحقيقة أن شدة المبدأ أخذت من فهم فهموه بهذه الشدة ، أما الشرعيون فما قرروه بهذا الوضع ، بل أجروا التوريث مادامت غير مستغرقة ، وأجازوا استحسانا — اقتسامها ، وتخصيص جزء للدين ، وأجمعوا على ذلك تقريباً على ماسنبين إن شاء الله تعالى فى قسمة التركة .

أما على نظرية الشافعية فإن هذه القضية لا تنطبق مطلقا ، لا فى حال استغراق التركة ولا حال عدم استغراقها ، لأن الملكية تثبت لهم فى التركة فور الوفاة .

وعلى ذلك يكون من يفهم أن قاعدة لا تركة إلا بعد سداد الدين مؤداها ألا تكون ملكية للورثة ، ولو لم تكن التركة مستغرقه بالدين — فهمه خطأ لا يستقيم على مذهب الشافعى مطلقا ، ولا يستقيم على مذهب الحنفية على النحو الذى حررنا به نظريته تحريراً دقيقاً كما جاء عن أئمته الأعلام .

ويظهر من فحوى عبارات المذكرة التفسيرية التى صحبت القانون المدنى الجديد وهو مشروع أن واضعيها فهموا منها أنه لا ملكية للورثة إلا بعد سداد الدين . ولو كانت غير مستغرقة ، فقد جاء فى هذه المذكرة مانصه : « جعل هذه الشريعة (أى الإسلامية) هى التى تنطبق على جميع مسائل الميراث ، ومنها انتقال ملكية التركة إلى الورثة . فيجب إذن تطبيق القاعدة الشرعية المعروفة بألا تركة إلا بعد سداد الدين ، وهى قاعدة رشيدة تفصل ما بين شخصية الوارث والمورث . . . ولكن الأخذ بهذه القاعدة يقتضى وضع نظام مفصل لتصفية التركات » .

فإن مجرى هذه العبارة يفيد أن الملكية فى التركة لا تثبت إلا بعد سداد الدين إذ جعل تطبيق هذه القاعدة مترتباً على الأخذ بنظرية الشريعة فى انتقال ملكية التركة ، كما يزعم . وقد بنيت الأحكام الرئيسية فى التصفية على هذا النحو من الفهم ، وقد علمت ما فيه من الناحية الشرعية .

١٩ — وقد ترتب على الاختلاف ما بين هاتين النظريتين الشرعيتين السابقتين ، اختلاف فى بعض الأحكام المتصلة بالتركة ، كان الاختلاف فيها ثمرة لاختلاف النظريتين . ومن هذه الأحكام .

(ا) نماء التركة : فإن التركة قد تنمو فى الفترة التى بين الوفاة وسداد الديون كشجر أثمر ، وزرع أحصد ، ودابة سمنت ، أو نتجت ، وكذلك غلات التركة كأجرة دار للسكنى ، أو أرض للزراعة ، فكل هذا يعتبر نماء للتركة أو خراجا لها ،

وقد اختلف الفقهاء فى ملكيته ، لاختلافهما فى ملكية التركة على اختلاف النظريتين السابقتين ، فالحنفية ومن مالوا إلى اتجاههم الذين يقررون أن ملكية الورثة من وقت الوفاة تكون فى الجزء غير المشغول بالدين — يقررون أن ملكية النماء تكون على ذلك النحو ، أى أن الدائنين تتعلق حقوقهم بالنماء بالقدر الذى كان متعلقاً بأصل التركة ، فإذا كانت التركة كلها مستغرقة بالدين فإن حق الدائنين يتعلق بكل النماء ، حتى تستوفى ديونهم ، وما يفضل يكون للورثة ، وإن كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، فإن الدين يتعلق بالنماء بمقدار تعلقه بالتركة ، أى أنه يتعلق بالنماء بمقدار مايشغل الدين من التركة ، وبهذا صرحت كتب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة الذين نهجوا منهاج الحنفية .

وجمهور الشافعيين الذين يرون أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة ، ولا يعتبرون تعلق الديون بالتركة مانعا من ثبوتها — يرون أن نماء التركة وغلاتها يكون ملكا للورثة ، ولا يتعلق بها حق الوارثين لأنها نماء ملكهم ، والديون قد تعلقت برقبة التركة لا بنمائها ، لأن النماء ثمرة الملكية كالعبد المتعلق به أرش جناية أى عقوبة مالية فى جناية ، فإنها تكون متعلقة برقبته ، وخدمته وأجرته حق لسيده لا لأصحاب ذلك الحق الذى تعلق برقبته ، فكذلك هنا ، ومثل ذلك أيضا زوائد الرهن ، فإنها تكون ملكا للراهن ، ولا يتعلق بها حق المرتهن ، كما تعلق بالأصل .

وبذلك يفرقون بين العين ونمائها ؛ فالعين يتعلق بها الدين ، والنماء لا يتعلق به دين ، ووجه التفرقة أن العين آلت إليهم ملكيتها محملة بالدين ، لضعف ذمة المدين بالموت عن تحمله ، أما النماء فنشأ على ملكهم نشأة مستقلة ، فتثبت ملكيتهم فيه متحررة من ربقة الدين ، ولقد صرحت بذلك كتب الشافعية ، حتى لقد صرحوا بأنه إذا كان فى التركة حيوان ، فسمن ، والسمن نماء متصل ، فان قدر السمن يكون ملكا للورثة ، فعند بيع العين يكون فرق الثمن الذى أوجده السمن حقا خالصا للورثة ، وليس للدائنين فيه حق ،

ولقد نهج منهاج الشافعية بعض الحنابلة الذين قرروا أن الملكية تثبت للورثة من وقت الوفاة ، ولو كانت التركة مستغرقة بالدين كما نوهنا .

ولكن الكثيرين من الحنابلة ، على أن الدين يتعلق بالنماء ، كما يتعلق بأصل التركة ، ومن هؤلاء من وافقوا الشافعية فى نظريتهم فى الملكية ، ولكنهم خالفوهم فى ذلك ، لأن الملكية وإن كانت ثابتة للورثة ، قد تعلق بالتركة حق الدائنين ، فيتعلق حقهم بالنماء ، لأنه تابع للتركة ، وحيث كان الدين متعلقاً بالأصل ، فإنه يكون متعلقاً بالتبع ، ألا ترى أن الملكية تثبت فى النماء تبعاً للورثة ، فيثبت الحق عليه تبعاً للأصل أيضاً ، ومثل ذلك مثل حق العين المرهونة عند هؤلاء الحنابلة ، فإن ثمارها يكون رهناً تابعاً لها ، كما كانت هى رهناً قد تعلق الدين بها ، وعلى هذا يكون النماء ضامناً للدين كما ضمنته العين ، ويكون للدائنين الحق فى استيفاء ديونهم منه ، كما استوفوه من الأصل ، إذا لم يكن الأصل كافياً .

ب — مئونة التركة من نفقات *للحفظ والصيانة* ، *أو للتغذية والإبقاء* ، وحفظها من الفناء — تكون على مقتضى نظرية الحنفية ومن نهج مثل منهاجهم — من التركة نفسها ، لأن التركة قد تعلق بها حق الدائنين بقدر ما يفى بحاجتهم ، وما بقى فهو للورثة ، وإن لم يكن فى التركة ما ينفق منه كانت النفقات بين الدائنين والورثة ، كل على قدر حصته على أن يضاف إلى الدين ما أنفق ، أو يستدان عليها لأجل الإنفاق بأمر القاضى .

أما على نظرية الشافعيين الذين يعتبرون الملكية ثابتة للورثة من وقت الوفاة فإنها تكون على الورثة ، لأنهم المالكون لها ، وإن كانت حقوق الدائنين قد تعلقت بها لاستيفاء ديونهم ، وكان ينبغى أن تكون نفقات التغذية والإبقاء على الورثة ، لأن الملكية لهم ، ونفقات الحفظ والصيانة على الدائنين ، لأن حقهم قد تعلق بها ، ومثل ذلك مثل العين المرهونة تكون نفقات الحفظ والصيانة على المرتهن ، ونفقات التغذية والإبقاء على المالك ، ولعل الشافعيين لم يعتبروا ذلك الحق الذى للدائنين كحق الرهن ، لأن الرهن عقد تراضى الطرفان عليه ،

بل اعتبروه كارش الجناية على العبد (أى العقوبة المالية لجنايته) فى تعلقها برقبته ، فان ذلك لا يكون نتيجة لاتفاق بين المجنى عليه والسيد ، ولذلك تكون كل نفقات العبد على مالكه ، وإن تعلق الحق برقبته .

حـ — ما يجد من الملك ، وهى الأمور التى باشر المالك أسبابها ، ولم يتم الملك فيها إلا بعد موته ، كأن يكون قد حفر حفرة فى ملكه ؛ ليصطاد فيها حيواناً ، فوقع فيها الصيد بعد موته ، فانه يكون حكمه حكم سائر التركة على رأى الحنفية ، من حيث إن حقوق الدائنين تتعلق به سيراً على مقتضى نظريتهم، ومن نهج نهجهم وعلى نظرية الشافعيين ، ومن نهج نهجهم يكون معتبراً كالزوائد ونماء الملك ، فيكون ملكا للورثة فقط ، فلا يتعلق به حق الدائنين ، فحكمها حكم النماء من كل الوجوه ، ويجرى فيه ما جرى فى النماء من خلاف .

ء — ثبوت الشفعة ، بأن يكون فى التركة حصة شائعة فى عقار ، وللميت شريك فيه ، فباع الشريك حصته ، فانه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، فقد اتفق الفقهاء فيما يظهر على ثبوت حق الشفعة فيها ، لأن جزءا من التركة على ملك الورثة ، وإن لم يكن خالصاً على نحو ما بينا ، وإذا كانت لهم حصة شائعة فانه بمقتضاها يثبت حق الشفعة ، لأن الورثة شركاء على الشيوع ، وعلى ذلك لا تظهر ثمرة لاختلاف النظريتين فى هذه الحال .

إنما تظهر ثمرة الخلاف إذا كانت التركة مستغرقة بالدين فعلى نظرية الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة لا تثبت الشفعة للورثة ، إذا كانت التركة فيها حصة شائعة ، وباع الشريك حصته أو بعضها ، لأنه لا ملكية للورثة فى هذه الحال ، وملكية الشفيع وقت البيع للعقار المشفوع به شرط لثبوت الشفعة ، فحيث انتفت لا تثبت .

أما الشافعية وأكثر الحنابلة ، فيثبتون حق الشفعة للورثة ، لأنهم مالكون فحق الشفعة قد استوفى شروط تحققه فيثبت ، ولا يمنع ثبوت ذلك كون الدائنين قد تعلق حقهم بالتركة على ما بينا .

ومن البديهى أنه ليس للدائنين حق الشفعة كالورثة ، لأن حقهم إنما هو للاستيثاق من الاستيفاء ، وليس بحق ملك فلا يتحقق بالنسبة لهم حق الشفعة .

هـ — فى التصرف والقسمة ، فإنه إذا كانت التركة مستغرقة بالدين لا تصح قسمتها بين الورثة ، ولا يصح التصرف منهم فيها على نظرية الحنفية . أما على نظرية الشافعية فإنه تصح القسمة ، ويصح على قول بعضهم تصرف كل وارث فى حصته قبل القسمة إذا أدى ما عليها من دين ؛ لأن حق الدائن هو فى تتبع العين ، وعلى كل حصة من التركة حصة من الدين ، فإذا حصل تصرف فيها ، فإن التصرف صحيح غير قابل للنقض إذا سدد ما يخص حصته من دين ويجوز النقض قبله ، وذلك مبنى على أن مذهب الشافعية يسوغ تجزئة الضمان بمقدار حصص الوارثين . أما على مذهب أبى حنيفة فلا يجزأ الضمان ، ولذلك يكون كل تصرف قابلا للنقض مالم يوف الدين كاملا ، ولو كان غير مستغرق ، ولذلك فضل بيان عند الكلام فى القسمة ، والتصرف فى التركة [1] فلنؤجله إليها .

مراتب الديون وأحوالها

٢٠ — يتبين من كل هذا أن الديون تتعلق بالتركة ، وبينا اختلاف النظريات الفقهية فى ثبوت الملكية للورثة مع تعلق حق الدائنين بالتركة ، ولكن بقى جزء ، وهو قوة تعلق حقوق الدائنين بالتركة ، فهل قوة التعلق متساوية فى كل الديون ؟ إنه مما لا شك فيه أن الديون ليست متساوية فى قوتها ، وان اتحدت فى تعلقها ، ومن المتفق عليه أن الديون التى تعلقت بالتركة أو ببعضها قبل الوفاة أقوى من الديون التى لم تتعلق بالتركة إلا بالوفاة ، أو بعبارة أدق لم يظهر تعلقها بالتركة ، إلا بعد الوفاة ، فإذا كان فى الديون دين قد وثق برهن من التركة قبل الوفاة ، فهو أقوى من

(١) قد ذكر أستاذنا المرحوم الشيخ أحمد إبراهيم بك ثمرات الاختلاف بجملة وعدها كلها فى بحثه فى التركات ص ٦ ، ١٩ .

سائر الديون التى لم يكن لها هذا التوثيق ، ولذلك تكون الأعيان المرهونة مخصصة لسداد الديون المتعلقة بها ، فلا يسدد منها سواها إلا بعد سداد ديونها منها ، وما بقى يكون لسائر الغرماء الذين لم يكن لهم ذلك التوثيق العينى فيها .

ولقد قرر الشافعى هذا وأعطى للديون الموثقة برهن حقاً فيه ، بحيث يكون كل جزء منه ضامناً لها ، ولا يتجزأ الضمان قبل الوفاء بديونها ، فلا تخلص حصته منها بسداد ما يخصها من ديون ، بل لا خلاص لأى جزء من التركة إلا بسداد الديون كلها إذا كانت كلها مرهونة ؛ فليس لأى وارث أن يختص بجزء من التركة فى هذه الحالة ، ويسدد ما يخص سهامه من الديون ، إلا إذا ارتضى الدائنون ذلك ، فإنهم إن ارتضوا فقد تنزلوا عما لهم من حق ، وكل صاحب حق له أن يترك حقه ، وما لأحد عليه من سبيل فى ذلك .

وقد خالف الشافعى نظريته التى تسوغ تجزئة الضمان ، إذا لم تكن التركة مرهونة قبل الوفاة ، ولذلك فرق بين الرهن الجعلى الذى يكون بإدارة المورث قبل وفاته ، والرهن الشرعى الذى يجعل التركة كلها قد تعلق بها حق الدائنين — بأن الأول لا يمكن تجزئة الضمان فيه ، أما الثانى فالضمان فيه عند الشافعى يقبل التجزئة بسداد كل وارث ما يخص حصته من دين ؛ وأساس هذه التفرقة أن الوارث يخلف مورثه فى ماله ، ويكون له فيه كل ما كان لمورثه من حقوق ، ولم يكن سائغا للمورث أن يسدد بعض الدين ، ويفتك ما يقابل ما سدده من العين ، فكذلك لا يكون سائغا للوارث ذلك ، ولكنه إذا لم يكن رهن كان يسوغ للمورث أن يبيع بعض ماله ليسدد الديون غير الموثقة برهن ، فكذلك ينتقل ذلك الحق إلى الوارث ، هذا هو المذهب الشافعى .

وقد علمت أن المذهب الحنفى يجعل الضمان فى التركة غير قابل للتجزئة سواء أكانت الديون موثقة برهن أم كانت غير موثقة ، بيد أن الديون الموثقة بالرهن تسدد أولا من الأعيان المرهونة ، ولا ينازعها غيرها فيها ، حتى يكون فضل فى قيمة العين ، فيكون لسائر الديون .

هذا وكون الدين الموثق برهن أو نحوه مقدما فى الأداء من العين المرهونة لا يمنع أنه أيضاً متعلق بسائر التركة إذا لم يكن فى المرهون وفاء ، أو هلك بعض الباقى المرهون ، ولم يكن فى الرهن وفاء ، فإن الباقى يكون فى التركة ؛ ولكنه على أى حال يستوفى أولا من العين التى تعلق بها الدين .

ولقد جاء فى أحد أحكام محكمة الاستئناف المختلطة ما ترجمته : « إن الدائن إذا كان له رهن على بعض أعيان التركة ، فليس له حق فى غير الأعيان المرهونة إلا إذا ثبت أنها لا تكفى لأداء الدين يوم مطالبته بالأداء ، لا يوم إنشاء الدين ، ولا يوم فتح التركة . وإثبات أن الأعيان المرهونة لاتكفى للوفاء بالدين ، يكون عبؤه على الدائن ، لأنه عقد الرهن مختاراً ، والظاهر المفروض أنه ما قبله إلا على أساس أنه يكفى لضمان الوفاء ، فإذا ادعى بعد ذلك أنه لا يكفى ، يكون مدعيا خلاف الظاهر ، والإثبات واجب على من يدعى خلاف الظاهر »[1]

وبهذا يقرر الحكم أن الدائن الذى تعلق حقه بعين لايطالب إلا منها ، ولا يطالب فى غيرها إلا إذا أثبت أنها لا تكفى لأداء دينه يوم مطالبته بالأداء ، وهذا نظر غير بعيد عن مقصد الشريعة ، بل هو نظر حكيم لتنفيذ مبادئها تنفيذاً سليما فى الجملة[2]

٢١ — والديون التى ليست متعلقة بالأعيان قبل الوفاة ليست مرتبة واحدة فنها ديون الصحة ، ومنها ديون المرض ، وديون الصحة هى الديون التى تثبت

(١) حكم محكمة الاستئناف المختلطة الصادر فى ٢ إبريل سنة ١٩٣٥ .

(٢) يذكر الفقهاء الديون التى تتعلق بالأعيان ، فيذكرون منها (ا) الرهن ، فإن الدين يكون متعلقاً بالعين المرهونة (ب) والعبد الذى جنى جناية توجب أرشا أى عوضاً مالياً ، فإن الحق يكون متعلقاً برقبته يباع فى سبيله . (ج) العين المستأجرة إذا قدم المستأجر أجرتها ، فإن العين تكون مرهونة بالأجرة التى عجلت ، وهذا على رأى من يرى أن الإجارة تنفسخ بموت أحد المتعاقدين . (د) والمشترى إذا مات مفلساً ولم يكن دفع ثمن المبيع ، فإن الثمن يتعلق بالمبيع إذا لم يقبض (أى المبيع) عند الحنفية ، وقبض أو لم يقبض عند الشافعية .

فى حال الصحة بالبينة أو الإقرار ، والديون التى ثبتت بالبينة فى حال المرض ، والديون التى باشر المريض أسبابها فى مرضه كثمن ما اشتراه ، أو دين اقترضه فى حال مرضه فهذه الديون كلها لاتعد ديون مرض ، لأنها ثابتة فى حال الصحة ، أو ثابتة فى حال المرض بحجة كاملة تثبت على الكافة ، ولا تعتبر حجة قاصرة . أما ديون المرض ، فهى الديون الثابتة فى حال المرض بإقرار المريض فى مرضه فقط من غير حجة سوى الإقرار الذى حدث فى مرض الموت .

والحنفية وحدهم هم الذين فرقوا بين ديون المرض ، وديون الصحة ، وجمهور الفقهاء لم يفرقوا بين دين ثبت بالاقرار فى حال المرض وغيره ، والأساس فى ذلك عندهم أن حقوق الدائنين تعلقت بمال المريض فى حال مرضه الذى اتصل بالموت ، وإذا كانت حقوق الدائنين قد تعلقت بها ، فلا يلزمهم ما يثبت بالإقرار فى حال المرض ، لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر على ما هو مقرر فى باب الإثبات ، والإقرار فى حال الصحة يلزم الكل ، لأن الديون فى وقت الصحة محلها الذمة ، فكل إقرار بدين يجعل الذمة مشغولة به ، فإذا جاء المرض الذى اتصل بالموت ، فإن كل دين يتعلق بالأعيان مع الذمة .

ومن جهة أخرى فإن الدين الذى يثبت بالإقرار وحده فى حال المرض ، من غير أى قرينة تؤيد الإقرار يكون الإقرار مظنة المحاباة ، والمحاباة فى مرض الموت فى حكم الوصايا ، وهى تؤخر عن الديون ، فلدفع هذا كانت ديون الصحة مقدمة فى الأداء على ديون المرض بحيث إذا كانت التركة لا تكفى الدينين استوفيت منها أولا ديون الصحة ، فإن بقى شىء قسم بين أصحاب ديون المرض بنسبة ديونهم . أما جمهور الفقهاء ، فلا يفرقون بين ديون صحة وبين ديون مرض ؛ لأن الإقرار حجة ملزمة لا تلغى إلا إذا ثبت نقيضها ، فما لم يقم دليل على الكذب فيه فمضمونه ثابت ، وتعلق حق الدائنين إنما يثبت أو ينكشف بالموت ، وهو حق فرضى اقتضاه الفرض ، فلا يتوسع فيه ، ولأننا لو ضيقنا الإقرار ، أو ضيقنا حدوده لكان فى ذلك تضييق على المريض فى سبيل إبراء ذمته ، وتبريد جلدته كما عبر الأثر ، وعلى ذلك تكون الديون غير

المتعلقة بالأعيان سواء ؛ فإذا كانت التركة لاتتسع لكل الديون وفيها ديون صحة ، وديون أقربها المريض ، فعلى مذهب جمهور الفقهاء يكون لكل دائن مقدار بنسبة دينه من غير تفرقة بين دين صحة ودين مرض ، بل الجميع سواء .

ديون الله وديون العباد

٢٢ — هذه مراتب الديون ، وهى ثلاثة على مذهب الحنفية كما رأيت : ديون تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، وديون لم تتعلق بالأعيان قبلها ، وهى ديون صحة ، ثم الدرجة الأخيرة ديون المرض لغير الوارث . أما الإقرار فى المرض للوارث فلا ينفذ إلا بإجازة الورثة ، أى أنه يتأخر كما ترى عن حق الورثة ، فلا يعد من الديون[1] .

ولكن ماهى الديون المعتبرة التى تتعلق بالتركة وتقدم على حقوق الوارثين أهى عامة شاملة ، فتشمل ديون الله سبحانه وتعالى ، ومنها الزكوات أم هى مقصورة على الديون التى لها مطالب من العباد ؟ .

لقد اختلف الحنفية مع جمهور الفقهاء فى هذه المسألة ، فالحنفية يرون أن الديون الثابتة هى التى للعباد ، أى التى لها مطالب من العباد ، أما ديون الله سبحانه وتعالى التى ثبتت حقاً للفقراء ، وليس لها مطالب معين من الناس كالزكوات ، والكفارات والنذور ، فإنها لاتثبت ديناً يتعلق بالتركة بعد الوفاة ، ويقدم على الوصايا والمواريث . وقال جمهور الفقهاء إن ديون الله سبحانه وتعالى التى وجبت بإيجابه سبحانه وتعالى تكون واجبة ومتعلقة بالتركة ، ويتقدم الوفاء بها على الوصايا والمواريث ، وإن أوصى بها لاتكون مقيدة بالثلث ، ولا ينازعها غيرها من الوصايا، لأنها مقدمة على أصل الوصايا والمواريث ، فالوصية بها كالوصية بأداء دين ثابت لايكون الوجوب فيه بالوصية ، بل يكون الوجوب بغيرها ، ولكن كانت الوصية لتأكيد الأداء ، وللاعلام بالوجوب ، كمن يقر بأن عليه ديناً للعباد .

---

(١) وهذا لخشية المحاباة ، ولكن قانون الوصية أجاز محاباة بعض الورثة ؛ فيكون — بمقتضى أحكامه — الاقرار فى المرض للوارث نافذاً فى حدود ثلث التركة .

ويوصى بأدائه ، بخلاف المذهب الحنفى فى ذلك ، فإن الوجوب فيها لا يثبت على هذا المذهب إلا بالوصية وبعد أداء الديون ، ويؤدى من الثلث فقط ، ولا يتجاوزه إلا بإجازة الورثة .

وأساس الخلاف بين الحنفية وغيرهم فى هذه القضية أمران :

(أحدهما) أن حقوق الله سبحانه وتعالى المالية عبادات عند الحنفية ، ولا تؤدى إلا بالنية والاختيار ، وحيث مات الشخص فقد فقدت النية ، وفقد الاختيار ، فلا تؤدى من ماله ، ولا يؤدى أحد عنه وجوبا ، لأن من يؤدى عنه يجب أن يكون أداؤه بإنابته وأمره ، ولو أدى الوارث أو من يقيمه القاضى فليس لواحد منها صفة الإنابة الموجبة ، وإن أدى الوصى المختار من غير إنابة فهو مثلهما ، وإن أنابه فقد أنشأ وصية ، ويؤدى بهذه الصفة ، فتؤخر عن الديون التى لها مطالب من العباد .

أما على رأى جمهور الفقهاء فهذه التكليفات من زكوات وصدقات مئونة المال ، وتكليفات قائمة به ، لا تحتاج إلى النية ، ولذلك تجب فى مال الصغير والمجنون والمعتوه ، وإن لم تتحقق منهم نية عبادة ، ويستدلون على ذلك بورود الآثار الموجبة للزكاة فى مال اليتامى ، مثل قوله ﷺ : « من ولى على يتيم ، فليؤد زكاة ماله » ولأن سبب وجوب الزكاة ملك النصاب وقد وجد ، أما الحنفية فيستدلون لرأيهم بأن الزكوات والصدقات والنذور أفعال شرعية ، والأفعال الشرعية لا تكون إلا من مكلف كامل التكليف تصح منه النية ، والآثار الوارة فى هذا الباب التى يستدل بها الجمهور ليست صحيحة فى نسبتها إلى الرسول ﷺ فى نظر الحنفية .

ولهذا المعنى ، وهو اعتبار الحنفية الزكوات والكفارات عبادات — لم تكن ديونا ثابتة فى التركة ، ولذلك ما اعتبروه من الزكوات مئونه لا يحتاج إلى نية ، وهو زكاة الزروع والثمار — اعتبروه ديناً قائماً فى الزرع والثمار بعد الوفاة ، إذا كان الزرع والثمار اللذان لم تؤد زكاتهما قائمين بذاتهما فى التركة ، فانه يؤخذ منهما عشرهما أو نصف عشرهما (إن سقيا بآلة) ، ولو لم يوص بذلك ، ويكون مع الديون ،

بل يكون كالديون التى تعلقت ببعض أعيان التركة قبل الوفاة ، ويؤدى من الزرع والثمر الذى وجبت فيه ، وهذا ماجاء فى ظاهر الرواية ، وروى عن عبد الله المبارك عن أبى حنيفة أنه يسقط بالموت كسائر الزكوات ، وكذلك الحكم إذا كان قد استهلك على اختلاف الرواية عن أبى حنيفة ، لأن القيمة قائمة مقام العين ، سواء أكان المستهلك المالك أم غيره ، ويكون ديناً فى ذمة المالك ، وقال أبو يوسف إن أهلكه لا يكون ديناً فى ذمته .

وترى من هذا أن الحنفية أسقطوا من التركة الدين الذى اعتبر عبادة ، وأوجبوا فى التركة ما اعتبر مئونة المال .

هذا هو الأصل الأول الذى انبنى عليه الخلاف بين الحنفية والجمهور . أما الأصل الثانى ، فهو أن الزكوات وأشباهها وجبت فى المال باعتبارها صلة ؛ لأنها لا يقابلها عوض مالى ، والصلات تسقط بالموت ، وهذا عند الحنفية ، أما غيرهم فلم يعتبروها كذلك ، بل اعتبروها مئونة مالية ، كالخراج فى الأراضى الخراجية ، والعشر فى الأراضى العشرية (١) .

٢٣ — لهذين الأصلين يقرر فقهاء الحنفية أن الزكوات والنذر والصدقات يسقط أداؤها بعد الوفاة إذا لم يوص بها ؛ وليس معنى ذلك زوال كل أثر لتقصيره ، بل إن سقوطها فى الحكم الدنيوى ؛ أما الحكم الأخروى ، فأمره إلى ربه ، إذ هو آثم بما ترك من واجب عليه .

وإذا كان جمهور الفقهاء يعتبرون الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء على أنها ديون كديون العباد ، فقد اختلفوا فى مرتبة أدائها ، وإن اتفقوا على أنها مقدمة على الوصايا والمواريث ، وكانوا على أقوال ثلاثة .

أولها — قول الحنابلة أنها تكون كديون الناس المرسلة التى لم تتعلق بأعيان المال ، فإن ضاق المال عن الديون جميعها كان لكل دين حصة بمقدار

---

(١) راجع فى هذا البدائع الجزء الثانى ص ٥٠ ، ٥٣ ، ٦٥ .

نسبته إلى الديون الأخرى ، لأن الديون التى تقدم على غيرها هى الديون المتعلقة بأعيان الأموال ، فإن كانت الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى مرسلة ، فهى كسائر الديون المرسلة للعباد .

ثانيها — قول المالكية ، وهو أقرب الأقوال إلى مذهب الحنفية ، وهو أن ديون العباد مقدمة على الديون المتعلقة بحقوق الله سبحانه وتعالى ، وهم يختلفون عن الحنفية فى أمرين (احدهما) فى اعتبار هذه الحقوق ديوناً تثبت من غير وصية ، (وثانيها) أنها لا تحتسب فى الثلث ، وتقدم على الوصايا والمواريث .

ولكن المالكية لا يجيزون أداء هذه الديون ، إلا إذا أشهد المتوفى على نفسه وهو حى أنها واجبة فى ذمته ، وهذا الإشهاد للاعلام لا للايصاء ، ومن هنا يتبين التقارب بين المالكية والحنفية مع الاختلاف فى جوهر الأداء .

وأساس هذا الرأى أن القاعدة المقررة أن الحق الذى له مطالب من العباد أولى بالأداء ، فالله عفو كريم .

ثالثها — قول الشافعيين إن ديون الزكوات إن كان نصابها قائماً لم يهلك ولم يستهلك قبل وفاته ، أى أن المال الذى وجبت فيه الزكاة لا زال قائماً بحاله فإن الزكاة تكون مقدمة فى الأداء منه على أى حق سواها ، وذلك لأن الزكاة بعضه ، وما كانت ملكيته كاملة للمتوفى ، إذ فيها حق شائع للسائل والمحروم ، وليس للمتوفى منه إلا باقى هذا المال بعد حق الفقراء فيه ؛ فالزكاة تعلقت به ، كما تعلق حق المرتهن بالعين المرهونة على الأقل ؛ إذ أنه أقوى من ذلك بكثير .

وإن كان المال الذى وجبت فيه الزكاة غير قائم ، بأن استهلك أو هلك فإن الدين ينتقل إلى ذمة من وجب عليه الحق ، ويكون كالكفارات غير المعينة فى شىء بعينه ، وفى المذهب الشافعى فى هذه الحال وجهان (أحدهما) أن يكون مؤخراً عن سائر الديون التى لها مطالب من العباد ، كقول المالكية السابق ، لأن مطالبة آحاد العباد تجعل لحقهم قوة ليست فى ديون الله تعالى التى تعلقت بالذمة لا بالأشياء .

والوجه الثانى أنهما يكونان سواء،لأنه إن كان دين العبد قد قوى بحق المطالبة التى يلزم بها القضاء ، فقد قوى حق الله بأمرين آخرين (أحدهما) ما أثر عنه ﷺ من أنه قال : « دين الله أحق بالقضاء »[1] فإنه يصرح بأن دين الله سبحانه وتعالى « أحق بالوفاء . (وثانيهما) أن هذه الديون،وإن كان المطالب بها هو الله سبحانه وتعالى، هى حق الفقير والمسكين ، والسائل والمحروم ، فهى أيضا من حقوق العباد ، وقد قدس الله سبحانه وتعالى حقها ، فتولى المطالبة بها بهذه التكليفات الشرعية .

وهذا الوجه هو الراجح فى المذهب الشافعى .

٢٤ — هذا ويجب التنبيه إلى أن فقهاء الظاهرية يقدمون كل حقوق الله سبحانه وتعالى على ديون العباد ، غير مفرقين بين حق قام بمال قائم إلى وقت الوفاة، وحق قد هلك ، أو استهلك ما قام به،وانتقل الوجوب من التعلق بالشىء إلى التعلق بالذمة المجردة ، فيبدأ عندهم من ماله بأداء مافرط فيه من زكاة وكفارة ، وحج،فإن كان المال لا يكفى هذا كله أدى من كل بحصته من التركة ، أى قسمت التركة على هذه الحقوق بنسبتها ، وأساس هذه الفكرة عندهم صريح الخبر « دين الله أحق بالقضاء » فقد صح ذلك الخبر عندهم فلا تخريج فيما وراء النص،فيؤخذ به على ظاهره.

هذا ولا شك أن المعمول به هو المذهب الحنفى الذى لا يعتبر حقوق الله سبحانه وتعالى واجبة الأداء إلا إذا أوجبها وصية ، وإذا وجبت بالوصية كان مقامها مقام الوصايا . لا يلتفت إليها إلا بعد سداد الديون ، ولا تنفذ فى أكثر من ثلث الباقى بعد سداد الديون إلا بإجازة من الورثة ، والله سبحانه وتعالى يتولى الجميع .

---

(١) قد ضعف هذا الحديث مالك رضى الله عنه .

حلول الديون المؤجلة

٢٥ — الفقهاء المسلمون — إذا استثنينا الظاهرية — على أن الديون المؤجلة لا تحل بوفاة الدائن ؛ وذلك لأن الأجل من حق المدين ، ولا يؤثر فى ذلك الحق موت الدائن ، ولأن الدين محله ذمة المدين ، وذمة المدين لا تتأثر بوفاة الدائن ؛ فلا ينتقل الدين من الذمة إلى الأموال ؛ لأن المدين ما دام حيا ، فذمته صالحة لأن تشغل بالدين وحدها ، فلا يؤثر فيها وفاة غيره .

وقد احتج الظاهرية لحلول الدين المؤجل بوفاة الدائن بأن التأجيل اتفاق شخصى بين الدائن والمدين ، أساسه الثقة المتبادلة بينهما ، وهذا الاتفاق المبنى على الثقة من الدائن للمدين لا ينتقل إلى ورثة المتوفى ، ولأن المدين إذا توفى سقط الأجل عند الجمهور ، والتساوى فى الحقوق والواجبات يوجب أن يكون الموت سببا لسقوط الأجل ، سواء أكان الأجل حقاً للمتوفى ، أم كان حقاً عليه ؛ وليس بسائغ أن نجعله سببا لسقوط الأجل فى حال دون حال .

ورأى الجمهور هو الأرجح دليلا ، والأقوى نظراً ؛ لأن الموت لم يعهد سبباً لسقوط حق المدين ؛ فلا يؤثر فيه بالإسقاط .

٢٦ — هذا إذا كان المتوفى هو الدائن ، أما إذا كان المتوفى هو المدين فالجمهور من الفقهاء على أن الديون المؤجلة تصير حالة ، وخالفهم فى ذلك الحنابلة ؛ فقرروا أن الديون لا تحل بوفاة المدين ، كما لا تحل بوفاة الدائن ؛ ولقد اشترط المالكية فى حلول الدين بوفاة المدين شرطين (أحدهما) ألا يشترط المتداينان عدم حلول الدين بوفاة المدين ، فإن كان ذلك الشرط ، فإن الشرط شريعة المتعاقدين ، أو كما قال عمر بن الخطاب رضى الله عنه : « مقاطع الحقوق عند الشروط » فحيث كان الشرط وجب اتباعه ، وانتقل ممن له الحق إلى ورثته .

(وثانيهما) ألا تكون وفاة المدين بعدوان من الدائن ، لأن العدوان لم يعهد فى الشرع الإسلامى سببا لاكتساب حقوق لم تكن ، إذ الحقوق نعم ، والمعصية

لا توجد النعمة ، بل توجب العقاب ، وفى الجملة نقول إن الفقهاء ما عدا الحنابلة يقررون أن الأصل هو حلول الديون بوفاة المدين ، وسقوط الأجل فى كل الأحوال إلا ما اشترط مالك ، وقد بينا الأساس له من القياس الفقهى .

وحجتهم تقوم على أساس من الحديث ، والآثار ، والأقيسة الفقهية :

(ا) أما الحديث فهو ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « نفس المؤمن مرتهنة فى قبره بدينه إلى أن يقضى عنه » فإن هذا الحديث يقتضى التعجيل بقضاء الدين فكًّا لهذه النفس المرهونة بالقضاء ، وذلك يقتضى سقوط الأجل تبرئة لذمته ، وتبريداً لجلدته .

(ب) وأما الآثار عن الصحابة والتابعين فهو ما روى عن ابن عمر وكثير من التابعين من أن الديون المؤجلة تحل بالموت ، وآراء الصحابة إذا لم تعرف مخالفة بينهم فيها تكون حجة واجبة الاتباع عند أكثر العلماء ، ولم يعرف لابن عمر مخالف فيما ارتآه ، فيكون كلامه حجة متبعة .

(حـ) وأما القياس فمن وجوه — أولها — أن التأجيل كان أساسه الثقة بالمدين ، وقد مات المدين ، فلم يعد الوجه الذى كان يطمئن به الدائن فينتظر إلى انتهاء الأجل ؛ — وثانيها — أن الأجل كان للترفيه عن المدين ليسعى فى وفاء دينه فى رفق ويسر بلا مشقة . وبالموت ذهب كل أمل فى السعى ، فلم يعد فى التأجيل فائدة بل فيه كل المضرة بالمدين ؛ لأن تأخير الوفاء تأخير لبراءة ذمته التى أصبح فى أشد الحاجة إليها ؛ ليلقى وجه الله بريئاً من كل حق للإنسان فى رقبته .

(وثالثها) أن فى التأجيل ضرراً بالوارث لأن فيه تأخيراً لاستخلاص حقه فى الميراث ؛ إذ أن الميراث لايستخلص إلا بعد أداء الدين لقوله تعالى : « من بعد وصية يوصى بها أو دين » .

(ورابعها) أن التأجيل كان أساسه أن الدين وصف قائم بالذمة ، وإذا مات المدين فقد تعلق الدين بالمال ، ولا توجد ذمة قوية تحل به ؛ وإنه إذ تعلق بالمال كانت المصلحة فى التعجيل بأدائه لتفك رقبة المال ، أو بعض رقبته ببيع الآخر للوفاء به ؛ وإذا قررنا أن الدين يكون مؤجلا فلن يكون حق التأجيل !!

لا جائز أن يكون حقا للدائنين ؛ لأنه منفعة فيه للدائن على مقتضى منطق الشريعة الذى يمنع الربا ، ولا جائز أن يكون حقاً للورثة ؛ لأن كونه حقاً لهم فرع ثبوت الدين فى ذمتهم ، وهو لايثبت فى ذمتهم ، ثم فى التأجيل ضرر عليهم فى تأخير استخلاص حقهم كما بينا .

٢٧ — هذه حجة الجمهور فى قولهم إن الديون المؤجلة تصير حالة بموت المدين وحجة الحنابلة الذين رأوا أن الديون المؤجلة تستمر مؤجلة ، ولو مات المدين تقوم على أمرين :

أحدهما — قوله ﷺ : « من ترك حقاً أو مالا فلورثته » ولاشك أن التأجيل حق للمدين ، وقد اكتسبه باتفاق ورضا من الجانبين ، فينتقل إلى ورثته ، ككل حق كان للميت فى حياته ، إذ هم خلفاء الميت فى كل ماله من حقوق .

ثانيهما — أن الأجل فى كثير من الأحوال يقابله بعض المال ، وذلك فى غير القروض ، بل يجىء فى ثمن الأشياء ، فإن عرف الناس فى القديم والحديث يجرى على أن يكون ثمن الشىء نسيئة أكثر من ثمنه معجلا ؛ فإذا حل ذلك الثمن النسيئة بموت المشترى كان فى ذلك غبن عليه وعلى ورثته من بعده ، ولذلك كان المعقول ألا يحل الدين بموته ، حتى لايحل ذلك الغبن (١) .

ومن الحق علينا أن نبين بعض التبيين مذهب أولئك الحنابلة الذين قرروا أن التأجيل لايسقط بوفاة المدين ؛ لأنه كيف يسوغ التأجيل مع أن الدين لايقوم بذمة الورثة (٢) حتى يكون التأجيل حقاً لهم ؛ وكيف يسوغ التأجيل ، مع أن

(١) جاء فى الدر المختار فى باب المرابحة مايفهم منه أنه إذا كان بعض الثمن مقابلا بالأجل ، ومات المشترى فى أثناء المدة فانه ينقص من الثمن مقدار مايقابل الجزء الباقى من الأجل ، وقال إن هذا فيه رفق بالعاقدين ، وإن المتأخرين من علماء المذهب أفتوا به ، وأن المولى أبا السعود ارتضاه ، وعندى أن هذا الاستنباط من المتأخرين لايخلو من شبهة الربا ، والربا حرام ، وشبهته حرام .

(٢) يلاحظ هنا أن القاضى ابن أبى يعلى من الحنابلة يرى أن الدين بعد وفاة المدين =

الأساس فيه الثقة بالمدين ؟ لقد قرروا أن الدين يستمر مؤجلا إذا طلب الورثة ذلك ، وقدموا رهناً ، أو كفل الدين كفيل ، فى هذه الحال يستمر الدين إلى أجله وإذا كانت هناك ديون حالة تستوفى من التركة ، وما يبقى تسدد منه الديون المؤجلة التى وثقت بالكفالة أو الرهن ، بشرط ألا تقل العين المرهونة فى قيمتها عن مقدار الدين ، وعلة ذلك بينة . وإذا لم يكن ثمة عين مرهونة ، ولا كفيل يكفل فإن الأجل فى هذه الحال يسقط للضرورة ؛ وتكون الديون المؤجلة كالديون الحالة ؛ كل منها يثبت مستحق الوفاء من وقت الوفاة ، وهذا معقول فى ذاته ؛ لأنه يجب الاحتياط للدائن والمدين معا ، وقد كان الاحتياط للمدين بوجوب الأجل إن تمسك به الورثة ، لكيلا يذهب عنهم حق كان لمورثهم ؛ والاحتياط للدائن كان بهذا التوثيق ؛ لأنه سيؤجل لغير من اشترط معه ، فلا بد من كفيل ملىء يرضاه ؛ أو رهن يضمن الوفاء عند التقصير فى اوفاء ؛ وهذا الحكم سائر ، سواء أكانت التركة مستغرقة بالديون أم كانت غير مستغرقة ، بيد أنه إذا كان التركة مستغرقة بالديون ؛ والديون المؤجلة أكثر من قيمتها ؛ فإنه لا يشترط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة الدين ، بل الشرط ألا تكون قيمة الرهن أقل من قيمة التركة ، ونقول باجمال : يشترط ألا تكون قيمته دون الأقل من التركة والدين ، ليكون الكلام عاما للمستغرقة ، وغير المستغرقة ، وعلى ذلك فإن الديون الحالة تقدم فى الوفاء من التركة إن وثقت الديون المؤجلة بكفالة أو رهن .

ويصير الدينان المعجل والمؤجل على سواء فى حالين :

— يكون فى ذمة ورثته بشرط ألا يزيد عن قيمة التركة . ويعترض على هذا بأنه شغل للذمة من غير رضا من الوارث ، وبأن المقرر أن الدين يتعلق بالعين ، ويستوفى منها ، ولا تخلص التركة للورثة من غير وفائه ، فكيف يتعلق قبل الوفاة بذمة الميت فقط وبعد الوفاة بذمة الورثة والعين ، وبأن المطالبة كيف تثبت على شخص من غير مباشرة أسبابها ، ولذلك كان هذا الرأى غريبا فى الأقيسة الفقهية .

(إحداهما) إذا تأخر سداد الدين أحال بسبب من الأسباب إلى أن حل الأجل ، فإنه فى هذه الحال يكون الدينان متساويين فى الأداء ، إلا إذا كان أحدهما قد تعلق بعين من أعيان التركة قبل الوفاة .

(الثانية) حال الضرورة ؛ وهى إذا لم يوثق أداء الدين المؤجل برهن أو كفيل فإن الأجل يسقط كما ذكرنا ، ويكون كلاهما حالا .

٢٨ — وقبل أن نترك كلام الفقهاء فى هذا المقام نشير إلى أن بعض التابعين ومنهم الحسن البصرى ، وطاووس ، والزهرى ، وغيرهم — رأوا أن الديون المؤجلة لا تحل بالوفاة ؛ ولا حاجة إلى أن توثق برهن أو كفيل إلى أن ينتهى الأجل ؛ ولا ضرر فى هذا إذا كانت التركة غير مستغرقة بالديون ، وتسع الديون الحالة والمؤجلة ، ولا تضيق عنهما .

وإذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، فقد استشكل الأمر بعض الباحثين ، وعندى أنه لا إشكال ، لأن التأجيل إنما هو حق الورثة ؛ فإذا كانت مستغرقة بالديون ، فإما أن نقول لا شأن لهم بها ، بل تكون حقوق الدائنين ثابتة فيها ، وبذلك لا يكون حق التأجيل لأحد ، لأن أصحابه قد بعدوا عن التركة ، وإما أن نقول إن حقهم لا زال قائماً ، وهو الملكية ، فإن التركة تكون متعلقة بها الديون الحالة بنسبتها ، وما تبقى يكون لأصحاب الديون المؤجلة ، وليس لهم أن يبيعوا ما خص حصصهم إلا بعد انتهاء الأجل ، والنماء يكون للورثة على قول من يقول إن استغراق الديون للتركة لا يمنع الورثة من ملكيتها ونمائها .

٢٩ — ما ذكرناه كان حكم الفقه ، فلننتقل إلى حكم القانون المدنى الجديد فى الديون المؤجلة فى التركات ، وأول ما نراه فيه هو أن واضعيه فرقوا بين التركة المستغرقة بالديون ، والتركة غير المستغرقة ، فالتركة المستغرقة بالدين الأصل أن تحل فيها الديون المؤجلة كما قرر الذين وضعوا المشروع ، وكما هى القواعد العامة للتداين ، وبهذا سلكوا مسلك جمهور الفقهاء ، فلقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « التركة المعسرة تحل فيها الديون المؤجلة ؛ وتوزع كلها على الدائنين » واعتبرت المذكرة التفسيرية الأحكام التى جاءت فى نصوص القانون

خاصة بحلول الديون المؤجلة بناء على طلب الورثة وتجزئة الضمان مع التأجيل إن لم يطلبوا ـ اعتبرت ذلك فى التركة غير المستغرقة بالدين، وعلى ذلك يكونون قد اعتبروا التركة المستغرقة بالدين الأصل فيها أنه لا شأن للورثة فيها كما هو مذهب الحنفية إلا أن يشاءوا استخلاصها بسداد كل ما عليها من ديون ، وفى هذه الحال لهم أن يطلبوا مجتمعين أو من يريد الاستخلاص منهم إنهاء الديون على أن يسددوا فوائد ستة أشهر أن كان ثمة اتفاق على فوائد ، كما هو حكم المادة ٥٤٤ من القانون المدنى[١] ومهما يكن فذلك متفق مع ما نص عليه بالنسبة لغير المستغرقة فى الجملة .

أما حال عدم الاستغراق ، ويسار التركة كما عبر مفسر القانون ، فإنه اعتبر التأجيل حقاً للدائنين ، وحقاً للورثة ، أما اعتباره حقا للدائنين فللفوائد التى اتفقوا عليها مع المورث ؛ ولذلك وجب أن يعوضوا عن هذا الحق ، وذلك أخذ بمبدأ عام مقرر ، وهو التعويض عن فوائد ستة أشهر من وقت الاعلان بحلول الدين[٢]

(١) هذا هو ما نصت عليه المادة ٥٤٤ من القانون ، ونصها : « إذا اتفق على الفوائد كان للمدين إذا انقضت ستة أشهر على القرض أن يعلن رغبته فى إلغاء العقد ، ورد ما اقترضه على أن يتم الرد فى أجل لا يجاوز ستة أشهر من تاريخ هذا الاعلان ، وفى هذه الحالة يلزم المدين بأداء الفوائد المستحقة عن ستة الأشهر التالية للاعلان ، ولا يجوز بوجه من الوجوه إلزامه بأن يؤدى فائدة أو تعاملا من أى نوع بسبب تعجيل الوفاء ، ولا يجوز الاتفاق على إسقاط حق المقرض فى الرد أو الحد منه » .

(٢) وإن وجوب فوائد للدائن عن مدة ستة أشهر عند تعجيل الأداء يتفق مع منطق القانون المدنى المصرى ، وهو من القوانين الربوية التى تجيز الربا بقدر محدود لا يعدوه ، ولكنه لا يتفق مع منطق الشريعة الذى يجعل كل ربا محرما ، ولو مضى الزمن الذى كانت الفائدة فى نظيره، فالله سبحانه وتعالى يقول « وإن تبتم فلكم رءوس أموالكم لا تظلمون ولا تظلمون » والقانون إذ يجعل الأجل حقاً للدائن لفائدته المقررة يبالغ فى حماية الربا من ناحيتين .

«إحداهما» أنه يجعل الفائدة سارية ، ولو سدد الدين قبل مدة ستة الأشهر ، «والثانية» أنه يجعل حكم الفائدة ملزما للورثة من بعد وفاة من رضى بالربا ، ولاشك أن هذا مبالغة فى حماية الربا الذى يقرر أرسطو أنه كسب مناف للعقل وللطبع ، فيقول : «كان حقاً =

إذ أن الورثة إن اتفقوا على حلول الديون المؤجلة كان لهم ذلك مع ملاحظة المادة التى تقرر هذه الفوائد، فقد جاء فى المادة ٨٩٤ — ما نصه : « للمحكمة بناء على طلب جميع الورثة أن تحكم بحلول الدين المؤجل ، وبتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن مراعية فى ذلك حكم المادة ٥٤٤ » .

وأما حق الورثة فى التأجيل فقد أثبته القانون لأنه يقرر أن التعجيل يكون إذا اتفقوا جميعاً عليه ، فإن لم يتفقوا جميعاً عليه بقى الدين مؤجلا، ووزع على الورثة كل بمقدار حصته من التركة ، ويكون ما يخص كل واحد ضامناً لما عليه من دين ؛ وهذا يستفاد منه أن التركة تقسم على الوارثين ، كل يأخذ ما يخصه محملا بدينه ، ويكون ما يخص كل وارث ، فيه ضمان كاف للدين ؛ إذ المفروض أن التركة غير مستغرقة بالديون ، ويكون المفروض تبعا لذلك أن جزء التركة الذى وقع فى نصيب الوارث يفى بالدين الذى اختص به ؛ ولكى يكون الدائن مطمئناً على حقه يجوز للقاضى أن يرتب له حق اختصاص على عقارات التركة التى وقعت فى نصيب الوارث ، وذلك مع أن الدين مؤجل ، ولم يصدر به حكم ، بل يجوز مطالبة الوارث بإضافة ضمان تكميلى من ماله الخاص ، أو مطالبته بأية تسوية أخرى كتقديم كفيل أو عقد تأمين لمصلحة الدائن ، فإذا لم يمكن أن يتحقق للدائن الضمان الكافى ، فإن حقه يبقى غير قابل للتجزئة ، وضمانه هو فى كل أموال التركة ، ما وقع منها فى نصيب الوارث ، وما وقع منها فى نصيب الورثة الآخرين مع مراعاة اتخاذ الإجراءات اللازمة لشهر الحق ، وإذا ما قسمت الديون المؤجلة على الورثة على النحو المتقدم ، ورأى بعض الورثة — تعجيل دفع الديون التى اختصوا بها

= علينا أن نستنكر الربا ، لأنه طريقة تولدت من النقد نفسه ، وهى تمنعه مما وجد لاجله ، لأن النقد لا ينبغى أن يكون إلا للمعاوضة والربح منها ، والفائدة أو الربا هى نقد تولد عن نقد ، وهذا النوع من الكسب هو من بين ضروب الكسب كلها — الكسب المضاد للطبع » . فليعتبر أولو الأبصار . الشرائع تحرم الربا ، والفلسفة تقرر أنه مناف للعقل ، والاقتصاد يقرر أنه سبب الأزمات ، ومع ذلك يقدسه القانون المدنى المصرى .

جاز لهم أن يطلبوا من القاضى الحكم بحلول هذه الديون وتعيين المبلغ الذى يستحقه الدائن وفقاً للأحكام التى تقدم ذكرها [1] ، أى مع احتساب الفوائد عن ستة أشهر .

هذا ما جاء بالقانون ، وقد سقناه مع عبارة المذكرة التفسيرية ، حتى تكون حكايتنا له دقيقة ، وتراه بالنسبة للتركة يقرر أن الأصل إبقاء الأجل ، وتقسيم التركة مع تجزئة الضمان ، إن كان فيما يختص به كل وارث ضمان كاف لسداد الدين ؛ مع الحكم بحق الاختصاص فيه ، وإن لم يكن الضمان كافياً ، فللدائنين المطالبة بالضمان الكافى ؛ وإلا لا يتجزأ الضمان ، ويكون لهم الحق فى الرجوع فى سائر التركة ، إن لم تسدد ديونهم .

وإن ذلك يتفق فى جملته مع رأى الحنابلة الذين أجازوا للوارث أن يستمسك

---

(١) راجع المذكرة التفسيرية ، وهذه الأحكام اشتملت عليها المادتان ٨٩٥ ، ٨٩٦ وهذا نصهمـــا .

المادة ٨٩٥ — إذا لم يجمع الورثة على طلب حلول الدين المؤجل تولت المحكمة توزيع الديون المؤجلة ، وتوزيع أموال التركة ، بحيث يختص كل وارث من جملة ديون التركة ، ومن جملة أموالها بما يكون فى نتيجته معادلا لصافى حصته فى الأرث .

(٢) وترتب المحكمة لكل دائن من دائنى التركة تأميناً كافياً على عقار أو منقول على أن تحتفظ لمن كان له تأمين خاص بنفس هذا التأمين ، فان استحال تحقيق ذلك ، ولو بإضافة ضمان تكميلى يقدمه الورثة من مالهم الخاص ، أو بالاتفاق على تسوية أخرى رتبت المحكمة التأمين على أموال التركة جميعها .

(٣) وفى جميع هذه الأحوال إذا ورد تأمين على عقار ، ولم يكن قد سبق شهره ، وجب أن يشهر هذا التأمين وفقاً للأحكام المقررة فى شهر حق الاختصاص .

المادة ٨٩٦ — يجوز لكل وارث بعد توزيع الديون المؤجلة أن يدفع القدر الذى اختص به قبل أن يحل الأجل طبقاً للمادة ٨٩٤ .

بالأجل ، على أن يقدم الضمان الشخصى أو العينى الذى يمكن الدائن من الاستيفاء ، بيد أن القانون قد اعتبر نصيب الوارث كافيا للضمان إن كان فيه سعة واضحة بينه واكتفى بحق الاختصاص عليه ، وهو فى ذلك يتلاقى مع رأى التابعين الذين يرون بقاء الأجل ، من غير حاجة إلى ضمان غير التركة .

وهذا كله مع ملاحظة أن الديون الحالة توفى قبل توزيع التركة ، وتوزع الديون المؤجلة ذلك التوزيع ، فالقانون رفَّه على الورثة بهذا من ناحيتين :

(إحداهما) بقاء حق التأجيل لجواز أن يستطيعوا سداد الديون من غلات التركة ، أو من مال آخر يجىء إليهم بدل أن تباع التركة أو بعضها بثمن بخس أو يحتمل أن يكون بخساً .

(وثانيتهما) بتقسيم التركة مع تقسيم الضمان من غير أن تستمر التركة موقوفة لا يستخلص كل واحد نصيبه ، ويتصرف فيه حراً طليقا من القيود إلا ما يكون ضمانا لسداد ما عليها من حقوق يتحمل هو تبعاتها وحده بما يقدم من ضمان مالى أو شخصى .

أما الديون الحالة ، فلاحاجة إلى التوزيع قبل سدادها .

ونحن لا نرى فى هذا الجزء من القانون مخالفة للشريعة ، بل هو متفق فى الجملة مع لبها إلا فى مسألة الفوائد الربوية إذا أراد الورثة الوفاء بكل الديون المؤجلة ، وإلغاء الآجال ، فان هذه المعاملات الربوية لا تسوغها الشريعة ، لأنها لا تعرف رأس المال ناميا بنفسه ، ولا تعرف الغنم من غير تعرض للغرم .

تنفيذ الحقوق المتعلقة بالتركة

٣٠ — بينا فيما مضى من القول الحقوق المتعلقة بالتركة ، وذكرنا أنها مرتبتان (إحداهما) ما يكون أساسه حاجة الميت إليه من تجهيز وتكفين له هو ومن كان يعوله شرعا فى حياته، ثم سداد ديونه، فقد بينا أن ذلك من حاجة الميت والمرتبة(الثانية) الخلافة التى تثبت عن الميت فى ماله ، وهى خلافة اختيارية وتكون بالوصايا ، والأخرى خلافة إجبارية ، وتكون بالمواريث ، وقد بينا تنازع هذه الحقوق ومدى كل حق ، وأشرنا إلى أن أولاها بالأداء هو التجهيز والتكفين ، وسنفصل الآن القول فيه ، إذ نتكلم عن تنفيذ هذه الحقوق ، فنتكلم عن التركة وتقسيمها وطريق سداد ديونها ، وتنفيذ وصاياها ، وقبل أن نخوض فى ذلك لا بد من بيان أمرين (أحدهما) ما التركة التى تتنازعها هذه الحقوق أى يتعلق بها حق الدائن ، وحق الموصى له وحق الوارث ؛ (وثانيهما) ما التجهيز وما التكفين المطلوبان ، وما مرتبتهما بالنسبة لسائر الحقوق المتعلقة بالتركة .

٣١ — التركة : قد اختلف الفقهاء فى الحقوق التى تنتقل بالوفاة إلى الورثة ما بين مضيق وموسع ،فذهب الحنفية والظاهرية إلى أن التركة التى تورث ، وتنتقل بالخلافة ، ويتعلق بها حق الدائنين — هى الأموال ، وكل حق تابع للأموال المملوكة للمورث ، فلا يدخل فى التركة إلا الأعيان والحقوق المالية التابعة لها ، وعلى هذا المذهب يدخل فى التركة ما يأتى .

(ا) الأموال المحوزة بكل أنواعها عقارات ومنقولات ، قيمات ومثليات ، سواء أكانت تلك الأموال تحت يد المالك أم كانت تحت يد نائبه ، كيد المستأجر والمستعير ، والوديع ، أم لم تكن تحت يده ولا يد نائبه ، كالأموال المغتصبة .

(ب) الأموال التى لم تدخل فى حيازته ، ولكن له حق مقدر معلوم فيها وإن لم يعين بذاته ، كنصيبه من غلات الوقف التى استحقها فى حياته ، ولم يتسلمها والدين الذى له فى ذمة غيره .

وهذا القسم قريب من القسم الأول ، ولكن يفترق عنه فى جزء ضئيل ، وهو أن الأول دخل فى حيازته ، وثبتت له يد عليه ، وإن خرج من يده ، فإلى يد نائبه عنه ، أو معتدية عليه مبطلة ، واليد المبطلة لا تلغى اليد المحقة ، كما هو مقرر فى الفقة الإسلامى ، أما الثانى فإن الحق المالى فيه ثابت ، ولكن لم تثبت للمالك فيه يد بعد .

(حـ) الحقوق العينية التى ليست بمال فى ذاتها ، ولكنها تقوم بمال ، أو هى متصلة بأموال من القسم الأول ، وتزيد فى قيمة العين ، كحق الشرب وحق المرور وحق المسيل ، وحق العلو ،وحق الحكر بوراثة البناء والغراس الذى جعل له حق الأولوية فى الإجارة ، وكذلك الرهن ، فإن ورثة المرتهن ورثوا الدين موثقا به .

(ى) خيارات الأعيان ،كالعين التى تعلق بها خيار العيب ، فإن خيار العيب يكون حقاً للورثة ؛ لأن العين قد ورثت ، ومعها حق السلامة من العيوب . فكان للوارث أن يختار بقاءها مع عيبها أو فسخ العقد الذى انعقد على أساس السلامة ، ومثل ذلك خيار فوات الوصف المرغوب فيه ؛ فإنه ورث العين مع ذلك الوصف المرغوب فيه ، فكان له الحق فى إبقائها مع تخلفه ، أو فسخ العقد الذى فوت فيه الوصف مع أنه جزء من الاتفاق ، وكذلك خيار التعيين ، فإنه ليس إلا تمييزاً للملك من بين ثلاثة أشياء،إذ مقتضاه أن الملك ثابت فى واحد غير معين، وكان التعيين حقاً للمورث ، فينتقل الملك مع حقه .

والخلاصة أن التركة التى تتعلق بها الحقوق بعد الموت هى الأموال ، والحقوق التى تعتبر خادمة لمال معين أو تابعة له ،أو موثقة له أو معينة . أما الحقوق الشخصية التى تتعلق بمحض الإرادة والاختيار من غير أن تكون تابعة لعين مملوكة للمورث وخادمة لها ، والتى لا تعد أموالا فى ذاتها ، فإنها لا تورث ولا تتعلق بها حقوق بعد الوفاة ؛ ومن ذلك .

(ا) الخيارات الشخصية البحث كخيار الشرط ، وخيار الرؤية ، فإنهما ليسا

إلا حق الفسخ من غير سبب قائم متصل بالعين ؛ بل من حيث الرضا بالصفقة في جملتها ؛ ومثل ذلك حق الشفعة ؛ فإنه بعد المطالبة بها ، وقبل القضاء لا تورث عند الحنفية ، وادعى الظاهرية أنها حق خادم للعقار ، فهي متعلقة بالمال ، ووجهة الحنفية أنها ليست إلا الرغبة في الشراء ، فهي إرادة ومشيئة ، والإرادة والمشيئة لا تورثان .

(ب) المنافع فإنها لا تورث عند الحنفية ، فمن استأجر أرضا تنتهي الإجارة بموته ؛ لأن المنافع ليست أموالا في المذهب الحنفي ، وإن كانت تقوّم بالعقد ؛ وكذلك إذا كانت الوصية بالمنفعة غير مقيدة بزمن ، وكانت لشخص معين ، فإنها تنتهي بوفاته ؛ لأن المنفعة لا تورث ، وهي لشخص الموصى له ، فتتقيد بحياته ، وإن كانت مطلقة عن الزمان .

والأساس هو كما قلنا أن الحنفية لا يعتبرون المنافع مالا له قيمة ذاتية ، إنما يقومها العقد ، والعقد إرادة شخصية تنتهي بوفاة العاقد إن نظر إليه مجرداً .

ولا تعتبر المنافع أموالا عند الحنفية، لأن صفة المالية عندهم لا تثبت إلا بالتمول، والتمول صيانة الشيء وإحرازه ، ولذا لا يقال لمن ينتفع بالشيء مستهلكا له إنه متمول له ، فلا يقال لمن يأكل شيئا إنه يتمول ذلك المأكول ، وإذا كان التمول كذلك فالمنافع لا يمكن تمولها ؛ لأنه لا يمكن إحرازها . . إذ أنها لا تبقى زمانين ، بل تكسب آناً بعد آن ، وبعد الاكتساب تلاشى وتفنى ، فلا يبقى لها وجود ، وإذن فهي ليست بمال ، إذ المال بالتمول ، ولا يمكن تمولها (١) .

(حـ) قبول الوصية : فإنه إذا مات الموصى له قبل أن يعرف له قبول أو رد للوصية، لزمت الوصية، وصحت واعتبر عدم الرد قبولا ؛ ولا ينتقل حق الرد والقبول إلى الورثة ، أو بالأحرى لا ينتقل حق الرد إلى الورثة ؛ لأنه إرادة شخصية ،

---

(١) راجع كتاب الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية ص ٤٩ ، ٥٠ ففيها بيان كامل لمالية المنافع ، والاختلاف فيها سلباً وإيجاباً .

وأساس ذلك أن الوصية تنشأ بالإيجاب المنفرد ، ولكن للموصى له حق الرد بعد وفاة الموصى دفعا لمنة العطاء عليه إن وجد فى نفسه مسوغا للدفع ، فإن لم يرد يسقط ذلك الحق بوفاته ، لأنه إرادة شخصية لا تورث ، ومثله فى ذلك مثل حق الفسخ بخيار الشرط أو الرؤية ، فإنه إرادة مجردة لا تورث ، فإذا مات صاحبه صار العقد باتاً لا يقبل الفسخ المنفرد من جانب الورثة .

والعمل الآن على خلاف المذهب الحنفى فى هذه الجزئية ، لأن حق القبول والرد فى الوصية ينتقل إلى الورثة ، لما هو مقرر فى قانون الوصية .

(ء) حق الاحتجار فى الأرض الموات ، وذلك لأن الأرض الموات إذا سورها مريد الإحياء ، وأعلن الاستيلاء عليها — يكون له الحق فى إحيائها ، وليس لأحد أن ينازعه فى ذلك الحق لمدة ثلاث سنوات ، فإن لم يحيها فى هذه المدة سقط حقه فى الاحتجار ، لأن المحتجر إذا مضت عليه ثلاث سنين لم يحيها فيها قد ضيق على الناس فى حق مشترك لهم ، ولم يصلح الأرض ، فلا انتفع ، ولا ترك الناس ينتفعون ، ولقوله عليه السلام « ليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين »(١) .

فإذا مات المحتجر فى أثناء هذه السنين الثلاث أيورث عنه ذلك الحق أم لا يورث ؟ ، قال الحنفية لا يورث لأنه ليس مالا ، ولا متعلقا بمال للمورث ؛ إنما هو حق الأولوية فى الإحياء بسبب السبق فى التسوير ، وذلك ليس حقاً مالياً ، ولم يتعلق بمال مملوك للمورث ، إنما تعلق بمال مشترك ثابتة فيه الشركة الطبيعية بين الناس أجمعين .

فهذه الحقوق الأربعة لا تعد تركة ولا تورث ، وحجة الحنفية فى منع اعتبار هذه الحقوق فى ضمن التركة هو قوله عليه الصلاة والسلام : « من ترك مالا فلورثته » وقد روى هذا الحديث برواية أخرى ، وهى : « من ترك مالا أو حقاً فلورثته » ولكنهم أنكروا ما فى هذه الرواية من زيادة كلمة « حقاً » ، وقصروا التركة على

(١) راجع الملكية ونظرية العقد فى باب إحياء الموات .

الأموال القائمة ، وأدخلوا من الحقوق مايعد خادماً لهذه الأموال من حيث إنه يكون تابعاً لها ، والتابع يسير فى الملكية مع المتبوع ، وينتقل بالخلافة كما ينتقل المتبوع ؛ وتتعلق به الحقوق ؛ كما تتعلق بالمتبوع ، أما الحقوق المجردة التى لاتعتبر خادمة للأموال المملوكة للمورث ، فإنها لاتعتبر تركة ولا تورث ؛ لأن وراثتها لاتثبت إلا استقلالا ، وإن الملكية بالخلافة لاتثبت إلا بنص من الشارع، والشارع لم ينص إلا على الأموال ، فلا يلحق بها استقلالا مالا يعد مالا .

٣٢ — هذا مذهب الحنفية وتحريره ودليله ، ولننتقل بعد ذلك إلى المذهب الذى يقابله ، وهو مذهب الجمهور ، وهو فى جملته يوسع أكثر من المذهب الحنفى ، وإن اختلف الأئمة فى مقدار التوسعة ، فهو يقرر أن كل الحقوق التى كانت ثابتة ، ولهاصلة بماله ، ولم تكن حقا مقصوراً على شخصه ، ويلاحظ فى كسبه ناحية شخصية فيه ، فإنه يورث ، فتورث الحقوق التى تعتبر خادمة لأمواله ، والحقوق التى تعد مملوكة له ، فحق الشفعة يورث ، والخيارات التى تتعلق بعقود الأموال كلها تورث ، والمنافع تورث ، والاحتجار يورث كما نص على ذلك فى كتب الحنابلة ، وعلى هذا فكل حق له صلة بالمال سواء أكان خادماً له ، كالارتفاق أم لم يكن خادماً ، ولكن يمكن انتقاله بالخلافة كخيار الشرط فإنه يورث ، وذلك لأن الورثة قد خلفوا المالك فى كل أمواله ، فكل مايكون مملوكا للشخص من أموال ومنافع ، وحقوق تتصل بإدارة هذه الأموال ، فإنه يكون له من غير استثناء ، إلا مايكون ملاحظاً فيه الناحية الشخصية كالولاية ، فإنها لاتورث ، لأن شخص المورث هو الأساس لها والشرع لاحظ فيها أنها واجب لاحق .

وأيضاً فإن السبب الذى أوجب انتقال الأموال إلى الورثة هو السبب الذى يوجب انتقال الحقوق التى لاصلة لها بالأموال ، ثم إن المنافع هى فى الحقيقة أموال ، لأنها أساس التقويم فى الأموال ، إذ الأعيان تقوم بما فيها من منفعة ، فمن استأجر أرضا فقد ملك منافعها ، وهى أموال ، فتنتقل إلى ورثته ، والحديث

« من ترك مالا أو حقا فلورثته » صريح فى إثبات وراثة الحقوق جملة ، وكلمة « حقا » روايتها صحيحة فى نظرهم .

٣٣ — هذا هو الخلاف فى معنى التركة ودليله ، وأساس الخلاف فى نظرى يقوم على أمرين :

أولها : فى تفسير كلمة أموال ، فالحنفية لايعتبرون المنافع مقومة فى ذاتها . وجمهور الفقهاء يعتبرونها أموالا لها قيمة ذاتية ، فكانت المنافع لاتورث ، على رأى الحنفية ، وتورث على رأى الجمهور .

ثانيهما : أن الفقهاء اتفقوا على أن الحقوق الشخصية لاتورث ، فالوظيفة لاتورث والولاية كذلك باتفاق ، ولكنهم اختلفوا فى تفسير الحقوق الشخصية ، فأدخل الحنفية فى الحقوق الشخصية خيار الشرط ، وخيار الرؤية ، وحق الشفعة ولو بعد المطالبة بها ، وحق الاحتجار ، ولذلك قرروا أنها لاتورث ، والجمهور لم يدخلوا هذه الحقوق فى معنى الحقوق الشخصية ، بل اعتبروها حقوقا مالية تخدم المال ، أو تتبعه ، ولو ببعض التوسع .

٣٤ — وبعد هذا البيان نذكر ماتتجه إليه القوانين المصرية ، فإلى أى الناحيتين تتجه . أتتجه إلى ناحية المذهب الحنفى ، أم إلى رأى الجمهور ؟ .. لم نجد فى قانون الميراث شيئا من ذلك ، وخلوه منه معقول ، لأن قانون الميراث لايبين حقائق الأموال ، ومايعتبر مالا وما لايعتبر ، وهو فوق ذلك ليس فيه كل أسس الملكية ، ولكنه لبيان انتقال الأموال بالخلافة ، وأسباب ذلك الانتقال ، وقوة هذه الأسباب ، وترجيح بعضها على بعض ، فهو لتوزيع التركة ، لا لبيان الأموال التى تورث .

وقانون الوصية أيضا لم يبين معنى التركة ، لأنه يبين أحد نوعى الملكية بالخلافة فهو فى هذه الناحية كقانون الميراث ، ولم يتعرض إلا لاشتراط أن يكون الموصى به مما يجرى فيه الإرث . أو يصح أن يكون محلا للتعاقد حال حياة الموصى ،

وإن كان فيه زيادة ، فهو أنه لا يقيد الموصى بأن يكون تركة يجرى فيها الإرث ، بل أجاز الوصية فى كل ما يجرى فيه التعاقد فى حال الحياة ، وجازت الوصية التى لا تعد وصية بجزء من التركة ، كالوصية بتقسيمها ، واذا كان قانون الميراث والوصية كلاهما لم يتعرض لبيان التركة ، فليس لنا إلا أن نتجه إلى قانون الملكية ، وهو القانون المدنى .

٣٥ — وهذا القانون يتجه فى عمومه إلى اعتبار كل حق يجرى بين الناس فيه التعامل ، ويخضع لحكم القانون ويحميه هو حق مالى ، أو مال ، فالمال فى عرف القانون المدنى الجديد هو الحق ، ذو القيمة المالية ، سواء أكان حقا عينيا أم كان حقا شخصيا ، أم كان حقا من حقوق الملكية الأدبية والفنية والصناعية . ويفرق هذا القانون بينه وبين الشىء ، بأن الشىء هو محل الحقوق [1] فالمال على هذا النظر هو الحقوق المتعلقة بالأشياء، والأشياء ، محل الحق ، وعلى هذا فهو يتجه إلى رأى الجمهور ، ولذلك استقرت فيه الأحكام على وراثة حق الشفعة ، ووراثة الإجارة ، إلا فى صور استثنائية ؛ ووراثة حق إصلاح الأراضى البور لمن أذن له بإصلاحها ، وامتلاكها بعد إحيائها .

ولقد كان حق الشفعة موضع خلاف بين المحاكم إلى سنة ١٩٣٩ ، ثم جاءت محكمة النقض فى سنة ١٩٣٩ وقررت أن حق الشفعة يورث ، وجاء فى أسباب حكمها ما نصه :

« ومن حيث إن كون الشىء مالا فينتقل من الشخص إلى ورثته ، أو ليس مالا ، فلا ينتقل هو بحث فى مسألة من صميم المعاملات ، وإذا كانت المادة ٥٤ من القانون المدنى (أى القديم) قد أحالت تعرف أحكام المواريث إلى قانون الأحوال الشخصية ، فإن المراد بهذه الإحالة أن تطبق أحكام القانون المحال إليه على مسائل الإرث ، ككون الإنسان وارثا أو غير وارث ، وككونه يستقل

---

(١) راجع شرح القانون المدنى الجديد للأستاذ الجليل الدكتور كامل مرسى ج٣ ص ١٣ .

بالإرث ، أو يشاركه فيه غيره ، إلى غير ذلك مما يقوم عليه حق الإرث فى ذاته . أما الأشياء التى تكون موضوع هذا الحق ، فالحكم فى ثبوت ما ليتها أو نفيها لا يكون إلا تبعا للقانون الوضعى الذى هو وحده المرجع فى كل ما يدخل فى دائرة المعاملات والأموال » .

« ومن حيث إن المال فى اصطلاح القانون هو كل متقوم نافع للإنسان يصح أن يستأثر به وحده دون غيره ، وكما يكون المال شيئا ماديا ، كالأعيان التى تقع تحت الحواس ، كذلك يكون شيئا معنويا كالحقوق التى لا تدرك إلا بالتصور . والاستشفاع حق من هذه الحقوق ، توافرت فيه عناصر المالية ، النفع والتقوم ، وقابلية الاستئثار ، فوجب اعتباره مالا(١) » .

وترى من هذا أن القانون المدنى القديم والقانون المدنى الجديد يتجهان إلى اعتبار كل الحقوق التى يمكن أن يستأثر بها الشخص وتجرى فيها ملكيته مالا ، بل إن القانون الجديد يقصر المالية على الحقوق ، ويعتبر الأشياء محلها ، وعلى ذلك فالتركة هى الأشياء المادية والحقوق التى كانت للمورث ، وجرت عليها ملكيته وهذا معقول فى ذاته ، وهو لب ما ارتآه جمهور الفقهاء ، وخالفوا فيه الحنفية بيد أنه يلاحظ أن الوصية بالمنافع تكون مقصورة على حياة الموصى له إن أطلقت عن الزمان ؛ لأن ذلك منصوص عليه فى قانون الوصية ، وهو القانون المعمول به ، وقد اشتق هذا من مذهب أبى حنيفة .

التجهيز والتكفين

٣٦ — قررنا أنه لا حق للورثة والموصى له إلا بعد أن يستغنى الميت عن ماله ، وأن حاجته إلى ماله تكون بتجهيزه وتكفينه وتقبيره بما يليق بمثله من غير تبذير أو تقتير ، وبتسديد ديونه ، وعلى هذا يكون التجهيز والتكفين مقدما

---

(١) راجع شرح القانون المدنى للأستاذ الدكتور كامل مرسى ج ٣ ص ٥٣٨ .

على حقوق الورثة بلا ريب ، وأما تقديمه على الديون . فإنه مقدم على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة قبل الوفاة ؛ لأن التجهيز بعد الوفاة ، كالحاجة الشخصية من ملبس ومأكل فى الحياة ، وهذه مقدمة على الديون التى ليست متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولذلك أجمع الفقهاء على تقديم التجهيز والتكفين على الديون التى لم تكن متعلقة بالتركة فى الحياة ، ولم يخالف فى ذلك سوى الظاهرية ، وليس لكلامهم أساس ؛ وهو يتخالف مع الحقوق الإنسانية واللياقة فلا يلتفت إليه .

وموضع الخلاف بين الفقهاء هو تقديم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة بأعيان من التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة ، فالحنابلة ورواية فى المذهب الحنفى تقدم التجهيز والتكفين على الديون المتعلقة ببعض التركة ، وجمهور الفقهاء والرواية المشهورة من المذهب الحنفى أن التجهيز والتكفين يؤخر عن الديون المتعلقة بأعيان التركة قبل الوفاة ؛ فإذا كانت التركة كلها مرهونة فى دين ، فإنه لا يجهز إلا بعد سداده ، أو فيما يفضل من سداده ، ويكون تجهيزه على من كانت تجب عليه نفقته فى حياته إذا لم يكن فى التركة فاضل يكفى للتجهيز أو التكفين ، ووجهتهم فى ذلك أن الأعيان التى تتعلق بها حقوق الدائنين فى حياته لا يملك التصرف فيها ، ولو لحاجته الخاصة ، فلا يبيع العين المرهونة ليأكل من ثمنها ، ولا ليشترى بها ملبساً له ، ولا ليؤجر لنفسه مسكنا لسكنه ، وإذا كان لا يملك ذلك فى حياته ، فأولى ألا يكون له الحق فيه بعد وفاته ؛ لأن الموت من شأنه أن يقوى تعلق الحقوق بالأعيان ، لا أن يضعفها ، إذ الذمة تضعف عن احتمالها ، فتقوى الأعيان ضعفها ، وإن الموت يجعل الديون تتعلق بالأعيان ، إن لم تكن متعلقة بها من قبل ، فبالأولى لا يضعف المتعلقة بها من قبله ، ونرى أن هذا الرأى يساير القياس الفقهى .

أما وجهة الحنابلة والرواية الأخرى فى المذهب الحنفى ، وهى غير المشهورة ، فهى أن حاجات الشخص مقدمة على سائر الديون ، ألا ترى أنه عند الإفلاس وتعلق الديون بالأموال تبقى له ملابسه ، وسكنه ، وليس التجهيز والتكفين إلا من هذا القبيل ، وإنه ليس من المعقول أن يكون للشخص أموال ، ولو كانت

الديون متعلقة بها ، ويستجدى له كفن ، وهو ليس إلا كملابسه ، وإن هذا الرأى أشبه بالاستحسان .

ويلاحظ أن الحنابلة الذين يقررون ذلك الرأى ، إنما يقصرون التجهيز الذى يؤخذ من التركة ولو كانت كلها قد تعلقت بها حقوق الدائنين قبل وفاته ، على تجهيزه وتكفينه فقط ، فلو كانت له زوجة قد ماتت قبله بقليل ، ومات هو قبل أن تجهز وتكفن ، فإن تجهيزها وتكفينها يكون من مالها ، أو من مال أوليائها فلا يقدم على الديون المتعلقة بالتركة إلا تجهيزه وتكفينه هو .

٣٧ — ولقد أخذ القانون بالمذهب الحنبلى فى هذا المقام ، ولكنه زاد عليه ، فلم يقدم على الديون كلها — ولو كانت متعلقة بالتركة قبل الوفاة — تجهيز الميت وتكفينه فقط ، بل قدم تجهيزه وتكفينه ، وتجهيز من يجب عليه تجهيزه ، فلو كان له ابن مات قبله ولم يجهز ولم يكفن ، جهز وكفن من التركة ، ولو كانت كلها قد تعلقت بها الديون قبل الوفاة ، فالقانون قد زاد على المذهب الحنبلى ولم يقتصر عليه[1] .

وممن يجب تجهيزه وتكفينه من التركة ، كيفما كانت ديونها — زوجته ، إذا ماتت قبله ، ولم تكن قد جهزت وكفنت ونص القانون يشملها ، إذ أوجب تجهيز وتكفين من كانت تجب عليه نفقته ، والزوجة كانت تجب نفقتها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ؛ وهذا أحد رأيين فى المذهب الحنفى ، وهو رأى الشيخين أبى يوسف وأبى حنيفة ، والثانى رأى محمد ؛ وحجته أن الزوجية قد انقطعت بالوفاة ، وإذا انقطعت الزوجية ، لم تعد ثمة علاقة موجبة للانفاق الذى يترتب عليه وجوب الكفن ، ولأن النفقة فى الزوجية ليست صلة ، بل هى جزاء الاحتباس .

وحجة الشيخين أن الزوجية التى هى سبب الحقوق الزوجية لا زالت ثابتة بالنسبة لآثارها ، ولذلك ثبت الميراث ، ولو كانت الزوجية قد انقطعت بالوفاة ،

---

(١) هذا بعض ما اشتملت عليه المادة الرابعة من قانون الميراث ، ففيها : يؤدى من التركة أولا — ما يكفى لتجهيز الميت ، ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن (ثانياً) ديون الميت . . . »

ما ثبت الميراث ، وإذا كانت الزوجية قائمة فحقوقها من جانب الزوج تكون قائمة ، وإذا كانت النفقة واجبة عليه فى حياتها فالتجهيز ، وهو نفقة واجب عليه بعد وفاتها ، وليست النفقات جزاء خالصاً للاحتباس ، ولكن لها شبه بالصلات ، ولشبهها بالصلات كانت واجبة بعد الوفاة على صورة تناسبها ، وهو التجهيز .

٣٨ — والتجهيز المطلوب هو ما يلزم الميت من وقت الوفاة إلى أن يدفن فى قبره بما يليق بمثله ، ويدخل فى ذلك الكفن ، ونفقات الجنازة ، من أجور نقل ونحو ذلك ، والأمر فى ذلك إلى العرف ما لم يكن مستنكراً شرعاً ، أو فيه إسراف واضح ، وعلى ذلك يدخل فى التجهيز نفقات السرادق التى يتجمع فيه المشيعون للجنازة ، ويستقبل فيه المعزون ونحو ذلك .

ويلاحظ فى الكفن [١] حال الشخص من يسار وإعسار ، وما كان يلبسه فى حياته ، فيختار من نوع أحسن ما كان يلبس على قول بعض المشايخ ، وقال الفقيه أبو جعفر يختار من أوسط ما كان يلبس ، وهو الذى يكثر من لبسه .

ويلاحظ فى التجهيز بشكل عام حال التركة ، وحال من تركهم من ذرية ضعاف ، وعددهم ، فيلاحظ القصد ما أمكن القصد من غير أن يكون ما يستنكره الشرع ، وكل ما ينفق زيادة عما يوجبه العرف لا يلزم به الدائنون ، ولا يلزم القصر من الورثة ، بل يكون من أنفقه ضامناً له ، وكل من يوافقه من الورثة الراشدين ، فهو شريكه فى الضمان والتبعة .

وبعد التجهيز والتكفين يكون سداد الديون ، ولنفصل القول فى طريق تسديدها ، وقسمة التركة قبل التسديد ، ومن يسددها فى الشرع وفى القانون .

---

(١) يلاحظ أن الكفن يختار فيه المتوسط من حيث العدد والقيمة ، وكون السنة ألا يزيد عن ثلاثة أثواب للرجل ، وخمسة للمرأة ، ومن حيث القيمة يكون من أغلى ما كان يلبس على قول بعض الفقهاء ، ومن المتوسط الذى يلبسه فى عامة أحواله على رأى غيره ، وقال الفقيه أبو جعفر إن كانت التركة مستغرقة يكتفى بكفن الكفاية،وهو ما يستره وكلام الخصاف يوافقه ، ولكن العرف على غير ذلك ، وهو معتبر .

تسديد الديون

٣٩ — قلنا إن الديون فى المذهب الحنفى ليست مرتبة واحدة، بل هى مراتب أولها الديون التى تعلقت بأعيان التركة قبل الوفاة ، كالأعيان المرهونة ، والمبيع المحبوس إلى قبض الثمن،فإن دين الثمن يتعلق به ، ثم تلى هذه ديون الصحة ، ثم تليها ديون المرض . وقد بينا ذلك فى موضعه فى مراتب الديون ، وعند سداد الديون المستغرقة للتركة يبدأ بذلك فتسدد المتعلقة بالأعيان ، وما فضل يكون لغيرها من ديون الصحة ، ثم ما فضل يكون لأصحاب ديون المرض .

ولكن من المنفذ الذى يتولى تسديد الديون ؟ إن الديون إما أن تكون مستغرقة للتركة ، وإما ألا تكون مستغرقة لها .

فإن كانت الديون مستغرقة للتركة ، فإن الذى يتولى القيام بتسديد الديون هو الوصى الذى اختاره الميت وصيا على تركته،لأنه نائب عنه،وذمة الميت مازالت قائمة ، وأملاكه على ذمته لم ينتقل إلى الورثة منها شىء ، لما قررنا من أن التركة المستغرقة بالدين لا تنتقل ملكيتها إلى الورثة على ما نص عليه فى المذهب الحنفى ؛ وإذا لم يكن الميت قد اختار وصيا يشرف على أمواله ، فيسدد ديونه وينفذ وصاياه ، فان القاضى يعين من يبيع التركة ويسدد الدين ، ويتولى المعاملة مع الدائنين ،فهو يتولى أمر التركة ، ويبيع مايسارع إليه التلف ، ثم يبيع سائر المنقولات ، ثم العقار ، ويتقاضى الديون التى تكون للميت قبل الناس .

وكون الورثة لاملكية لهم إذا كانت التركة مستغرقة بالديون ، ليس معناه أنه انقطعت صلتهم بها انقطاعا تاماً ، بل مازالت لهم صفة الخلافة الناقصة عن المورث ، ولذلك يجوز لهم استخلاصها بسداد ماعليها من ديون ، ويجبر الدائنون على قبول ديونهم ، وليس للوصى المختار ، ولا لوصى القاضى أن يعترضا على ذلك ، وللقاضى أن يجبر بعض الورثة على بيع التركة وسداد ديونها وليس له أن يجبر أحداً غيرهم ذلك الإجبار ، فإن لم يكن للميت وصى مختار ، كان للقاضى

أن يقيم من الورثة من يصفى التركة ، وله أن يجبره [1] كما ذكرنا ، وهذا مظهر من مظاهر الصلة بين الورثة والتركة المستغرقة .

٤٠ — هذه طريقة تسديد ديون التركة المستغرقة بالديون ، أو المعسرة ، كما عبر القانون المدنى ؛ أما تسديد الديون فى التركة غير المستغرقة بالدين ؛ فإن الميت إن كان قد ترك وصياً مختاراً له فإنه هو الذى يتولى تسديد الديون ، فإن كان فى التركة مال من جنسها بأن كان فيها نقود سدد منها ، وإن لم يكن فيها نقود ، باع من التركة ما يكفى لسداد الديون ؛ سواء أكان الورثة راشدين أم لم يكونوا كذلك ؛ ولكن هل له أن يبيع العقار وفى المنقول ما يكفى لسداد الدين ؟ وهل له أن يبيع التركة كلها وفى بعضها كفاية ؟ .

يقول الصاحبان وقولهما الراجح المفتى به : إنه لا يبيع عقاراً مادام فى المنقول ما يكفى لسداد الدين ، ويبدأ من المنقول بما يخشى عليه الفساد ، ثم يثنى بسائر المنقولات ؛ وكذلك لا يبيع التركة كلها وفى بعضها غناء ، فإن كان فى المنقول وبعض العقار ما يكفى ، لا يبيع الباقى ، وذلك لأن البيع لسداد الدين ، فيكتفى من البيع بقدره ؛ ولأن بيع الزائد فيه تصرف فى حق الغير ، وهم الورثة فلا يثبت عليهم إلا بمقدار الضرورة المسوغة لذلك ، ثم هو تصرف فى ملك الورثة من غير ضرورة ملجئة .

وقال أبو حنيفة إنه إذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق جاز للوصى المختار بيعها كلها ، ويسدد الدين من ثمنها ، وحجته فى ذلك أن التركة إذا كانت مدينة فللوصى المختار ولاية البيع ؛ والولاية إذا ثبتت فى شىء لا تقبل التجزئة ولأن الدين متعلق بكل جزء من أجزاء التركة [2] ؛ كالدين الموثق برهن يتعلق بكل جزء من أجزاء العين المرهونة ؛ فتباع كلها فى سبيل السداد ، وما يبقى بعد الدين يكون للورثة ولأن منع بيع الكل قد يؤدى إلى شركة المشترى على الشيوع

(١) راجع فى ذلك الجزء الثانى من جامع الفصولين وحاشيته ص ٢٣ ، وقد نقل ذلك عن التتارخانية

(٢) راجع فتح المعين الجزء الثالث ص ٥٥١

فى الملكية الباقية ، وذلك ضرر بلا ريب ، فكان من النظر أن يسوغ للوصى بيع كلها حتى لا يضطر إلى البيع على الشيوع ، والفتوى كما علمت على قول الصاحبين ، وقد أخذ بذلك القانون المدنى[1] وهو مقبول شرعاً وعقلا .

هذا هو الحكم فى تسديد الديون إن كانت التركة غير مستغرقة بها وترك وصياً مختاراً ، وإن لم يترك وصياً مختاراً ، فهل يقيم القاضى من يبيع بعض التركة لتسديد الديون ؟ لقد قرر الفقهاء أن الورثة إن كانوا صغاراً ، أو لم يكونوا راشدين أقام القاضى من يبيع بعض التركة لتسديد ديونها ؛ ويصح أن يكون الوصى الذى يعينه هو من له الولاية على الصغار بأن يفوض إليه ذلك الأمر أيضاً ؛ لأن القاضى نصب ناظراً لحقوق الناس ، فكان عليه أن يتولى معاونة الغرماء فى تسديد ديونهم ، وإقامة من يبيع من التركة ، ويسدد الثمن .

وإن كان الورثة كباراً ، فقد نقل صاحب الدر عن الجوهرة أنهم هم الذين يتولون تسديد الديون ، وبيع بعض التركة لتسديدها ؛ لأنهم هم الذين خلفوا الميت فى ماله فكان عليهم تخليصها[2].

ولا شك أن الورثة إن ماطلوا الغرماء ، ولم يسددوا ديونهم استعانوا بالقضاء لحملهم على بيع بعض التركة لسداد الديون ، أى أن العلاقة تكون بين الورثة والغرماء مباشرة ، وإن كانت حقوق الدائنين متعلقة بالتركة ؛ إلا إذا اضطروا للاستعانة بالقضاء ، فإنه يتقدم معاوناً لهم ، كما يعين كل غريم فى استيفاء دينه ؛ وقد يعين القضاء من الورثة من يقوم بالبيع والتسديد .

٤١ — هذا هو الحكم إذا كانت التركة مدينة ، سواء أكانت موسرة أم كانت معسرة ، فإن كانت غير مدينة ولا وصية فيها ، فالورثة هم أصحاب الشأن الكامل فيها ، ولو كان هناك وصى مختار ما تجاوزت حدوده من يكون له الولاية عليه من القاصرين من الورثة ، بيد أن له بماله من خلافة عن الميت فى الولاية أن يتقاضى ديونها ، ويسلمها لمستحقها من الورثة ، وأن له أن يبيع منقولات الورثة لحفظها إذا كان الورثة الكبار غائبين عنها ؛ خشية ضياعها ، أو فسادها .

« ١ » اقرأ فى ذلك المادة ٨٩٣ « ٢ » راجع فتح المعين ج ٢ ص ٤٥٦

وإذا كان للميت وصية ، فالوصي له سلطان تنفيذها ، لأنه خليفة الميت فى ذلك ويلاحظ أن التركة إن كانت غير مدينة فليس لقاض أن ينصب عليها وصيا بأى وضع كان ، وإن اختلف الورثة فيما بينهم فالتقاضى بينهم شأنه كشأن كثير من الخلطاء الذين يبغى بعضهم على بعض ، لا يتدخل القضاء إلا إذا دعى للفصل بينهم .

قسمة التركة

٤٢ — هذه أحكام تسديد الديون، ولننتقل إلى قسمة التركة ، إنه إذا لم تكن التركة مدينة فإن قسمتها جائزة لا خلاف فى ذلك ، وإن كانت فيها وصية ، فإن الاقتسام يكون بين الورثة والموصى له من غير ضير ولا ظلم فيما بينهم ، وإن بغى بعضهم على بعض استعان بالقضاء للنصفة .

ولو كان الميت قد ترك وصياً مختاراً له أن يفرز للموصى له نصيبه إن كان الورثة غائبين ، وليس له أن يفرز لواحد من الورثه إن كانوا راشدين ، فهو يقاسم الموصى له ، ولا يقاسم الورثة ، أى أنه يقاسم الموصى له عن الورثة الغائبين ولا يقاسم الورثة عن الموصى له ؛ لأن نيابته عن الورثة استمدها من نيابته بالخلافة عن الميت فى تنفيذ وصيته ، وليس له صفة النيابة عن الموصى له [1] ثم له أن يفرز الوصية عن الميراث ، وليس له أن يفرز نصيب واحد من الورثة إلا إذا كان غائباً .

٤٣ — وإذا كانت التركة مدينة بدين مستغرق لها ، فإن التركة لا تقسم على مذهب الحنفية ، وأجاز الشافعية قسمتها على أن تكون كل حصة متحملة ما يخصها من دين ، وأساس ذلك الخلافة ما بيناه من أن الحنفية يرون أن الملكية لا تثبت للورثة عند الاستغراق ، وأن الضمان فيها لا يقبل التجزئة . وأن الشافعية يرون أن استغراق التركة بالديون لا يمنع ملكية الورثة لها مع تعلق حق الدائنين بها ، وأن ضمان التركة للدين يقبل التجزئة [2] فتتبع كل حصة من الدين ما يناسبها

---

(١) راجع شرح التبيين الجزء السادس ص ٢١٠ .

(٢) وهذا إذا لم تكن الديون متعلقة بالتركة قبل الموت .

من التركة ، فمن استحق نصفها وأفرزه تعلق بنصيبه نصف الديون . . وهكذا وإن مذهب أبى حنيفة أحوط للدائنين ، وأجدى ، إذ ما فائدة قسمة أعيان قد أحاطت بها الديون ، وأثقلتها مطالبة الغرماء .

٤٤ — وإذا كانت التركة مدينة بدين غير مستغرق ، أو كانت موسرة ، كما عبر القانون ، فإن الفقه الحنفى مع الفقه الشافعى اتفقا على جواز القسمة ؛ بيد أنهما يختلفان فى شكل القسمة ، فالحنفية يجيزون القسمة على أن يخصص للديون جزء من التركة يوفى منه ، ويسعها مع الاحتياط لها ؛ ويقسم الباقى على الورثة ، والموصى له بمقدار الوصايا ، وانصبة الميراث .

والشافعيون يقسمون التركة بين الورثة على أن تتحمل كل حصة منها حصتها من الدين ؛ وذلك سير على مذهبهم فى تجزئة من الضمان .

ويلاحظ أنه إذا كان الدين قد تعلق بعين من التركة قبل الوفاة ، فإنها لا تقسم بالاتفاق ، لأن ضمان الدين لايتجزأ فيها ، كما هو مذهب الشافعى .

ولا شك أن الشافعيين يسيرون على منطق واحد ؛ لأنهم قرروا من أول الأمر جواز تجزئة الضمان ، أما الحنفية فهم الذين سلكوا سبيل الاستحسان ، وخففوا به قاعدة عدم تجزئة الضمان بهذه الطريقة السهلة ؛ وهى أن يخصصوا من التركة بعضها لسداد ديونها ، ويقسم الباقى على أن تكون القسمة قابلة للنقض إن هلك الجزء المخصص للدين ؛ أو لم يوف به ، أو ظهرت ديون أخرى ، ولنترك الكلمة لصاحب التبيين فهو يقول : «ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة ؛ لأن الورثة لايملكون التركة فى هذه الحالة ، لأن الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث ؛ لأن حاجته مقدمة على الإرث . . . ولو ضمن رجل بشرط ألا يرجع فى التركة جاز الصلح ؛ لأن هذه كفالة بشرط براءة الأصيل ، وهو الميت ، فتصير حوالة ، فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه . . . وإن لم يكن مستغرقا بالدين لا ينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه ، وإن فعلوا

ذلك جاز استحساناً ، والقياس ألا يجوز ، لأن كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الأولوية بالصرف إلى جزء دون جزء ، فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة ، وجه الاستحسان أن الإنسان لا يخلو عن دين قليل ، فلو منع غير المستغرق تملك الوارث أدى إلى الحرج ، أو إلى ألا يملكوا أصلا ، فقلنا إنهم يملكونه دفعاً للضرر عنهم إلا أنهم يرفعون من التركة قدر الدين ، ويترك حتى يقضى به الدين كيلا يحتاجوا إلى نقض القسمة والله أعلم[١] » .

وترى من هذا النص الواضح أن التركة إذا كانت غير مستغرقة بالدين ، فالقياس ألا تقسم ، لعدم تجزئة الضمان ، والاستحسان جواز قسمتها ، لكيلا يضار الورثة بدين قليل على تركة موسرة ، وفى هذا بلا شك تيسير ، وجمع بين تجزئة الضمان ، والتسهيل على المالكين .

ولقد جاء فى فتح المعين عن الكرخى أنه يرى أن القياس هو جواز القسمة وتخصيص جزء للدين ، وأن الاستحسان عدم الجواز ، ولكن هذا غريب[٢] ؛ إذ ما نقل صاحب التبيين هو الأوضح .

وإذا كانت القسمة جائزة استحساناً ؛ فإنها تنقض إذا لم يوف الجزء المخصص للديون بها ، كما تنقض إذا هلك ، ولكن هل يؤخذ كفيل ليسهل الرجوع على الورثة عند الهلاك أو نقص الوفاء ؟ قال أبو حنيفة لا يؤخذ عليهم كفيل ؛ وقال الصاحبان يؤخذ . ولقد جاء ذلك الخلاف فى حاشية التبيين ، ففيها ما نصه :

« فى التركة دين ، وطلبو من القاضى القسمة ، وهو يعلم ، وصاحب الدين غائب ، فإن كان الدين مستغرقاً لا يقسم ؛ لأنه لا ملك لهم ، وإن كان غير مستغرق فالقياس كذلك ، وهو قول أبى حنيفة ، ولكنه استحسن ، وقال قلما تخلو تركة عن دين يسير ، ولا يصح أن نقف عشرة آلاف بدين عشرة ، فننظر للفريقين ، ويوقف قدر الدين ، ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك عنده ، أما عندهما فيأخذ كفيلا[٣] » .

(١) التبيين ج ٥ ص ٥٢ (٢) فتح المعين ج ٣ ص ١٨٨ .

(٣) حاشية التبيين ح ٥ ص ٢٧٥ .

هذا صنيع الفقهاء فى تيسير قاعدة عدم تجزئة الضمان ، وهو تفكير سهل نير لامضارة فيه لأحد .

ما أتى به القانون المدنى فى سداد الديون والقسمة

٤٥ — هذا ما جاءت به الشريعة فوضت للوصى المختار أو من يقيمه القاضى أمر التركة المستغرقة بالدين يسويها مع الدائنين ؛ وأما التركة غير المستغرقة ففوضت للوصى المختار أيضاً العمل على سداد الديون وتنفيذ الوصايا ؛ وإن لم يكن وصى فالأمر بين الورثة وهم الملاك وبين الدائنين ، وهم الذين تعلقت ديونهم بالأملاك كالشأن بين دائن ومدين أو من تعلق الدين بماله ؛ وإن لم تكن ديون فالورثة فيما بينهم خلطاء ، الشأن بينهم كالشأن بين الخلطاء .

وكذلك كان العمل على مقتضى القانون القديم فلما جاء القانون الجديد جاء وقد استعار معه نظام تصفية التركات من القانون الفرنسى ؛ وإن كانت أسس التوريث مختلفة ؛ لأن الملكية فى قانون التوريث الإسلامى تنتقل فور الوفاة على التفصيل الذى ذكرناه انتقالا جبرياً لا اختيار فيه للمورث ولا للوارث ؛ أما الملكية بالتوريث فى القانون الفرنسى ، فهى ملكية اختيارية لا يتكامل سببها إلا إذا وجد القبول من الوارث ؛ وإن قبل الوراثة تحملها بمغارمها ومغانمها ، فكانت التصفية ضرورية للوارث وللدائن معاً ؛ لكى يعلم الوارث ما يملك وما يحمل ، ولكى يضمن الدائن استيفاء حقوقه كاملة . أما فى الشريعة فالميراث مغنم لا غرم فيه ، فإلزام الوارث بنظام التصفية الفرنسى مضاره به ، وإن لم تكن متعينة لتمكن صاحب الحق من حقه ، فهى ظلم لا مبرر .

ولسنا نتعرض لما جاء فى القانون المدنى خاصا بالتصفية مفصلين أحكامها ولكننا نتعرض لرءوس الأحكام فيها .

٤٦ — وأول مانجد أنه جعل تعيين مصف أمراً جوازيا للمحكمة إذا طلبه أحد الدائنين أو أحد الورثة ؛ إذا لم يكن ثمة وصى مختار للمتوفى ؛ وأنه إذا كان ذلك الوصى المختار ، فهو المصفى ولا يعين غيره إذا اعتزل ، أو عزل .

وعند إرادة تعيين مصف يختار من يجمع الورثة على اختياره ، فإن لم يكن إجماع فالقاضي يعين من يراه على أن يكون من الورثة ما أمكن [١] .

ولا شك أن تعيين مصف للتركة إذا كانت معسرة أو مستغرقة بالدين أمر لابد منه ولا ظلم فيه لأحد ، بل هو تمكين صاحب الحق من حقه ، وقد اتفقت الشريعة مع القانون فى ذلك .

أما إذا كانت التركة موسرة أوغير مدينة أصلا ، فإنا لانجد مبرراً لتعيين مصف إلا إذا كانت ثمة ضرورة ملجئة لذلك ، بأن كان لا يمكن الدائن أن يستوفى دينه إلا بتعيين هذا المصفى ، أو تأكد لدى القضاء ضياع حق بعض الورثة إن لم يكن ذلك التعيين .

إن تعيين مُصف وخصوصا إذ كان أجنبيا ، وفى الغالب يكون كذلك إذا كانت الشكوى من بعض الورثة ، فيه كشف لأستار الأسرة ، والأسرة مستورة بظل الله والقانون ، حتى يكون ظلم ، وتكون المضرة فيه أشد من المضرة فى الكشف ، ولذلك لانرى التوسعة فى تعيين المصفين ، ثم تعيين المصفى سيتبعه تكاليف مالية على التركة ، هى أجرة المصفى ، ومن يتبعه من الخبراء والمحاسبين ، ولعل بعض التركة يذهب ضياعا ، هذا إذا كان المصفى أميناً قادراً ، أما إن كان غير ذلك فلا ترتقبن إلا التبديد ، ونحن فى عصر عزت فيه الأمانة ، وقل الأمناء .

وفوق ماتقدم فإن نظام التصفية على ماجاء فى القانون المدنى يقطع الورثة ، وهم الملاك عن أملاكهم قطعا ، حتى إنهم ليعدون مبددين ، ويعاقبون عقوبة المبدد للأمانة ، إن استولوا على شيء من أعيان التركة غشا [٢] ، ثم إن التركة فى مدة التصفية لايحسن

---

(١) اقرأ المادة ٨٧٦ .

(٢) اقرأ فى هذه المادة ٨٨٩ ، وهذا نصها : « يعاقب بعقوبة التبديد كل من استولى غشا على شيء من مال التركة ، ولو كان وارثاً » وهذا النص غريب فى تعميمه ، على كل وارث وكل تركة ؛ لأن حظ الوارث قد يكون كبيراً فى تركة كبيرة موسرة ، ومن المؤكد أن ذلك المقدار الذى استولى عليه قليل ، إنما كان الأعدل والأمثل أن يحتسب من نصيبه ، ولكنه النظام الفرنسى .

استغلالها ؛ لأن المتولى أمرها ليس مالكها ، وحسبك شاهداً على ذلك الأوقاف وتصرفات نظارها ؛ وقد صار المصفى بحكم القانون مثلهم، وكنا نشكو من الأوقاف بسبب سوء إدارة النظار وخياناتهم ، فشرع القانون تقسيم الأوقاف ، ليتولى كل مستحق حصته من الوقف ، ثم الغى الوقف الأهلى، ولكن يجىء القانون المدنى فيضع التصفية ، وهى بنظارة الأوقاف أشبه ، ويقطع الورثة عن أملاكهم أمداً قد يكون طويلا ، وسيمتد طوله كلما غلبت على المصفى الخيانة ، فتغلب على الورثة شقوتهم.

ولهذا نرى أن على القضاء الوطنى العادل وقد جعل الأمر فى تعيين المصفى إليه أن يجعله فى دائرة الضرورة الشديدة جداً ، حيث يتعذر على الدائن استيفاء دينه إلا بالمصفى ، ويتعذر على الوارث أخذ نصيبه إلا به ، وإن كل توسعة مهما يكن مقدارها تضر الأسرة والورثة ، وتعرض التركة للضياع ، وخصوصاً أن ذلك النظام دخيل على القوانين الإسلامية المعمول بها فى المواريث ؛ وهى تجافيه إذا كانت التركة موسرة .

٤٦ — وإذا تركنا مبدأ تعيين المصفى ، وهو أمر جوازى فوض أمره إلى القاضى الوطنى الحفيظ على أستار الأسرة المصرية أن تكشف — فلنتجه إلى سلطان المصفى .

إن القانون أعطى للمصفى سلطة مطلقة فى حدود القانون المصرى فى التركة ، ولم يجعلها مقصورة على العمل على تسديد الديون وتنفيذ الوصايا ، كما كان صنيع الشريعة بالنسبة للوصى ، وبمقدار هذه السلطة الواسعة قطع الوارث عن أملاكه قطعاً تاماً ؛ حتى لا يأخذ من غلاتها ، وقد تكون كبيرة جداً إلا مقدار نفقته التى يقدرها قاضى الأمور الوقتية ، بل ليس كل وارث يستطيع أخذ هذه النفقة ، إنما يأخذها فقط من كان يعوله الميت فى حياته .

ولنقف وقفة قصيرة عند هذا الجزء ؛ فإن له صلة بما ندرس فى نفقات الأقارب فى الأحوال الشخصية ، لقد بينت هذه النفقة المادة — ٨٨٢ — فهذا نصها :

« ١ — على المصفى أن يقوم فى الحال بالصرف من مال التركة لتسديد نفقات

تجهيز الميت ، ونفقات مأتمه بما يناسب حالته ، وعليه أيضاً أن يستصدر أمراً من قاضى الأمور الوقتية بصرف نفقة كافية بالقدر المقبول من هذا المال إلى من كان المورث يعولهم من ورثته ، حتى تنتهى التصفية على أن تخصم النفقة التى يستولى عليها كل وارث من نصيبه فى الأرث .

٢ — وكل منازعة تتعلق بهذه النفقة يفصل فيها قاضى الأمور الوقتية » .

وترى فى هذا أنه قصر حق إعطاء النفقة على من استوفى شرطين :

(أحدهما) أن يكون الميت يعوله فى حياته ، (وثانيهما) أن يكون من ورثته .

وعلى ذلك إذا تخلف أحد الشرطين لا تجب النفقة من التركة ، فإذا كان يعوله وليس بوارث له فلا نفقة له ، وذلك حق ؛ لأن النفقة واجب شخصى ينتهى بوفاة الواجب عليه ، فنفقة الأقارب واجب شخصى على القريب الموسر لقريبه المعسر العاجز ، فاذا مات انتهى ذلك الواجب ، فإذا كان له أخ يعوله ، والأخ ليس بوارث لوجود الابن ، فمعقول ألا تؤخذ له نفقة ، وكذلك إذا كانت له زوجة مسيحية وهو مسلم ولم يوص لها لا تعطى نفقة ، لأنها لا ترث ، وإن كان يعولها فى حيـــاته .

وإذا تخلف الشرط الأول بأن كان وارثاً وهو لايعوله ، كابن عم هو وارثه ، فانه لا تجب له نفقة قرابة لأن شرط نفقة القرابة المحرمية ، وهو ليس بمحرم . وقد يكون وارثاً إذا لم يكن عصبة سواه ، وقد ينفرد بالإرث إذا لم يكن غيره ، وإن كان هو فقيراً معدماً عاجزاً عن الكسب ، فإن القانون لا يوجب نفقة له ، ولو كان يملك فاضل التركة كله ، وقدتبلغ الألوف ، بل يستمر فى مسغبة إلى أن يقضى الله أمراً كان مفعولا ، فتخلص التركة بسداد الدين .

وقد يكون الوارث الذى لا يعوله ابنه ، وذلك لأن شرط نفقة القرابة عجز الفقير عن الكسب ، وقد يكون الابن غير عاجز عن الكسب ، ولكنه معسر ؛ فلا يأخذ النفقة ، مع أنه فى عسر شديد ، ومالك لجزء من التركة ، بل قد يكون هو المنفرد بالإرث فيها ، ومع ذلك لا يأخذ النفقة الضرورية منها .

فى كل هـــذه الصور وأشباهها لا يأخذ الفقير الوارث نفقة من ماله ؛ لأن القانون اشترط لمن تجب له نفقة ماله أن يكون الميت يعوله ؛ وبذلك يتأدى بنا القانون إلى منطق غريب عن الفقه الإسلامى ، بل غريب عن العقل كل الغرابة، مالك يملك أموالا بحكم الشرع والقانون ، ويعيش فى مسغبة وجوع إلى أن تصفى أمواله التى قد يكون حق الدائنين المتعلق بها ضئيلا بالنسبة لمقدارها .

وإن الذى أدى إلى ذلك هو الاتباع لما عند الأوربيين ، ولو كان منطق التوريث عندهم يختلف عن منطق التوريث عندنا ، وإن الشريعة تقضى بانتقال الملكية فى الجزء الخالى من الدين إلى الورثة بمجرد الوفاة إذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، وهو انتقال إجبارى لا اختيار فيه ، والشرائع الأخرى تجعله انتقالا اختياريا بقبول من الورثة ؛ فكانت هذه المفارقة الغريبة ، وهى أن يكون لشخص ملك ولا يملك الإنفاق منه ! ! .

٤٧ — لقد قررنا أن تعيين المصفى جوازى فى القانون ، وأنه إذا عين لا تقتصر سلطته على سبب التعيين ، بل تكون مطلقة تتناول كل شىء ، مع أنه كان يجب أن يكون السلطان بمقدار الباعث عليه ، فإذا كان الباعث شكوى الدائنين من أنهم يتعذر عليهم استيفاء ديونهم ، يكون السلطان بقدر ذلك ، بحيث إذا كان فى التركة نقود كافية لسداد الديون انتهت مهمته عند ذلك ؛ لأن التعيين كان لغرض معين ، وهو تمكين الدائن من الاستيفاء ، وقد ناله بأيسر كلفة ؛ ولا يسوغ له أن يبيع بعد ذلك شيئاً من التركة ، ويتركها لأربابها ، يديرونها بينهم ، ويدبرون أمرها بالمودة الرابطة، ولكنا لم نجد فى القانون ما يحد سلطة المصفى على قدر الباعث، بل وجدنا المذكرة التفسيرية تقضى بإطلاق سلطة المصفى وعدم تقييده فقد جاء فيها :

« وإذا تقررت التصفية فإنها تكون تصفية جماعية ، ومعنى ذلك أن المصفى وحده هو الذى يمثل التركة ، فلا يجوز للدائنين اتخاذ أى إجراء إلا فى مواجهته . ولا يجوز لأحد منهم الحصول على حق اختصاص على العقارات الموجودة فى التركة ، ولا يجوز للوارث أن يتصرف فى مال التركة قبل تصفيتها ، فترتفع

بذلك يد الدائنين والورثة عن التركة ، ويمتنع اتخاذ أى اجراءات فردية ، حتى تتم التصفية ، وبهذا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين ، كما هو الأمر فى الإفلاس التجارى ، وتنتقل أموال التركة إلى الورثة خالية من الديون ، فيتحقق المبدأ القاضى بألا تركة إلا بعد سداد الديون على وجه عملى . . . وبعد سداد جميع التزامات التركة من ديون ووصايا وتكاليف أخرى يقدم كل وارث إعلاماً شرعياً إلى القاضى ، فيعطيه شهادة تقرر حقه فى الإرث ، وتبين مقدار نصيبه فيه ، وتحدد ما آل إليه من أموال التركة .

هذا بعض ما جاء فى المذكرة التفسيرية ، وهو صريح فى إطلاق يد المصفى ، ومنع يد الورثة منعاً باتاً .

٤٨ — وترى من الفقرة الأخيرة أن سلطانه لا يقتصر على سداد الديون ، بل يتجاوزه إلى تنفيذ الوصايا ، بل إلى القيام بكل التكاليف التى تكون على التركة كضرائب التركات ، ولنا على هذا بضع ملاحظات :

أولاها — أنه جعل سلطان المصفى للتركة مشابهاً فى الحكم لحال المصفى عند الافلاس التجارى ، وإنه لكى يكون المشبه فى قوة المشبه به أو قريباً منه حتى يمكن التشبيه ، أو يجرى القياس الفقهى — يجب أن تكون العلة فى الحكم واحدة وإن الإفلاس التجارى مقتضاه أن تزيد التزامات التجارة عن أموالها ، فلكى تكون هذه العلة موجودة فى التركة يجب أن تكون التزاماتها أكثر من أموالها ، وذلك لا يتحقق إلا فى التركة المستغرقة بالدين ؛ فتعميم أحكام التصفية للتركة غير المستغرقة أو التركات الموسرة التى تتسع لكل ديونها وتفيض — إعمال للحكم حيث لا تتحقق علته ، ولا يوجد الباعث عليه ، وكان ينبغى بمقتضى القياس الفقهى الذى تعلقت به المذكرة ألا تكون السلطة عامة إلا إذا كانت التركة مستغرقة بالدين، أو معسرة ، بحيث يظن أو يحتمل ألا تفى أعيانها بديونها .

ثانيها — أنه جعل للمصفى سلطان تنفيذ الوصايا النافذة التى لا تحتاج إلى إجازة الورثة ، بل جعل له سلطان دفع التكاليف التى تكون على التركة ، وعموم اللفظ

يشمل الضرائب ؛ وهى رسوم الأيلولة وغيرها مما وجب فى التركة قبل الوفاة ، ورسوم تختلف باختلاف الوارث واختلاف مقدار ما يرث ، فللأولاد نسب منخفضة ؛ وللحواشى نسب مرتفعة ، وهكذا . . . فكان المعقول أن تتأخر تلك التكاليف حتى تتميز حصة كل وارث على التعيين ، وإذا تعينت حصة كل وارث تكون مهمة المصفى قد انتهت ، وصار الأمر إلى الورثة ، فبأى نيابة يتولى عنهم سداد ما عليهم من ضرائب ؛ إن المنع بلا شك هو القياس وهو الفقه ولعل القانون أراد أن يسهل على مصلحة الضرائب استيفاء حقوقها من التركات ؛ حتى لا تكون مظنة الضياع ، فاعتبرها كسائر الديون التى تكون على التركة ، وذلك نظر مالى حسن .

ثالثها — أن القانون لا يكتفى بإعلام الوفاة والوراثة المثبت لحق الوارث ؛ ونصيبه فى الميراث سهماً شائعاً غير مقدر مالياً ، وهو الاعلام الذى يصدر عن المحاكم الشرعية بل لا بد مع هــــذا الاعلام من شهادة تقرر حقه فى الأرث وتبين مقدار نصيبه ، وتعين ما آل إليه من أموال التركة .

وإن الإشهاد الشرعى وحده هو الذى يقرر حقه فى الإرث ، فكيف يحتاج بعد ذلك إلى تقرير جديد من القاضى الوطنى ، وإن تقدير مقدار الميراث بالسهام هو بلا شك من اختصاص المحكمة الشرعية ، وإن الشهادة إن كانت لشىء فهى لبيان مقدار ما آل إليه من مال فعلى ؛ لأن السهام التى بينها القاضى الشرعى هى نسب مالية لا مقادير من الأموال ؛ وإن هذه الأموال تعرف على التعيين بعد قسمة التركة ، لذلك نرى أن هذه الشهادة مشتملة على ما ليس من اختصاص القاضى الشرعى وإن لم يكن ثمة حاجة إليها .

ولقد منع الوارث قبل هذه الشهادة من كل تصرف فى التركة ، أو أن يستوفى الديون التى قبل غيرها ، أو يجعل ما للتركة مقاصة فيما عليه من دين لمدين التركة ولو كان ذلك الوارث قد انفرد بالميراث ، والديون قد سددها المصفى ، والوصايا قد نفذت [1] لأنه جعل غاية المنع من التصرف ونهايته هى الشهادة التى تعطى ،

---

(١) اقرأ المادتين ٨٨٤ ، ٩٠١ .

ولم يجعل غاية المنع هو سداد الدين وتنفيذ الوصايا ، ففى الفترة التى تكون بين السداد وتنفيذ الوصايا ودفع الضرائب وبين استخراج الشهادة لايجوز له أن يبيع أى عين من التركة ، أو أن يتصرف أى تصرف فيها ، وهذا أمر غريب مالك قد خلصت ملكيته ، ويمنع من التصرف فيها ولو كانت منقولا . بل الأغرب من هذا أنه لايجوز له أن يستوفى ديونها التى هى حق خالص له إلا بعد هذه الشهادة ، ولو كانت الديون التى عليها قد سددت . والوصايا قد نفذت ، والضرائب قد حصلت وهذا تعقيد ليس له ما يبرره ، وكان الأولى أن تنفذ كل التصرفات بعد خلاص التركة من التزاماتها وتقديم المصفى تقريراً يتضمن ذلك ، ولاحاجة إلى هذة الشهاده .

ثم إن هذه الشهادة لاتكون إلا فى التركة التى عين لها مصف ، أما التركات التى لم يعين لها مصف ، فإنها قد خلصت من هذه القيود الثقيلة ؛ وهذه تفرقة بين متماثلين من غير وجه لهذه التفرقة ، وقد يقول قائل : إن هذه الشهادة إنما هى لإثبات الخلاص من الالتزامات ، ولكن هذا غير ما سمى القانون ؛ فقد سماها شهادة التوريث ، ويغنى عنها أعلام الوراثة مع تقرير المصفى بخلاص التركة ، ثم كان يجب أن تعم ولاتخص بمقتضى هذه التسمية . وأن عدم تعيين مصف ليس دليلا على عدم وجود الدين ، ولا تنفيذ الوصايا ، فكان قانون المساواة يوجب استخراج الشهادة لكل تركة ، وقد سايرنا فى هذا منطق القانون ، ونحن نرى من أول الأمر أن اشهاد الوفاة والوراثة كاف ، ولا حاجة لشىء من بعده ما دام لا مطعن فيه ؛ لأن التقليل من الإجراءات القانونية يسهل الوصول إلى الحق ، والإكثار منها من غير داع إليها يصعبه ، إذ أن الناس ليسوا جميعاً على إلمام بدقائقها ومن لايعلم قد يخالف ، وإن خالف فتصرف دخل فى عقود لها حقوق والتزامات ، ثم يكون الإشكال والمنازعات ، وتضيع الحقوق ، وينفرج باب الخصومة ، وتقطع الأسر ، ويتنابذ الناس ، وما لذلك كان القانون .

٤٩ — والقانون لم يكتف بهذه السلطة فى سبيل سداد الديون وتنفيذ الوصايا ، بل أجاز للمصفى أن يقسم لأحد الورثة ، وأن يعطيه نصيبه مفرزاً ؛ فأجاز لكل

وارث أن يطلب من المصفى أن يسلمه نصيبه فى الإرث مفرزاً ، إلا إذا كان هذا الوارث قد سبق منه اتفاق على أن يكون نصيبه شائعاً ، أو كان فى التركة ما يمنع القانون قسمتها [1] ، فإذا قسم له كان للورثة حق الاعتراض عليها ، ولا تصير القسمة نهائية إلا إذا قبلوها جميعاً ، فإن قبلوا مجتمعين تلك القسمة التى يفرضها عليهم المصفى صارت نهائية ، وإن لم يقبلوها رفع المصفى على نفقة التركة دعوى بالقسمة ، أى لتكون تلك القسمة التى عجز عن فرضها عليهم أختياراً . واجبة عليهم اجبارا ، إن لم يتدارك القضاء العادل هؤلاء الورثة بعدله .

وإذا لم يطلب أحد الورثة القسمة سلم المصفى الأموال شائعة إليهم ليتولواهم قسمتها ، وكنا نود أن يكون نص على أن يكون تولى المصفى للقسمة بعد طلبها بعد علم الورثة الكامل بالتركة ؛ لتكون للملاك كامل حريتهم بعد علمهم ولكيلا يفتح الباب للظنون ، فليس المصفى ملكا كريماً أنزل على الناس ليقوم بين الورثة بالقسطاس ، وما كل وارث على علم بدقائق التركة ، والمصفى واضع يده عليها ، وقد تولى جردها واستيفاء كل حقوقها ، واداء كل التزاماتها فينبغى أن يكون العلم الكامل بها سابقاً للقسمة .

٥٠ — هذه بعض أحكام التصفية فى القانون المدنى ، وقد رأيت أنه نظام يبتدىء جوازياً ، ولكنه يتسع مدى سلطانه حتى يصير عبئاً على الورثة ، فإن المصفى يصير صاحب السلطان المطلق فيها ، وليس للورثة فيها شأن ، إلا بعد انتهاء عمله ، من تسديد كل ما على التركة من التزامات وتكليفات ، وإفرازها إن طلب أحد الورثة ذلك ، ثم لايتسلم الورثة إلا إذا قدموا شهادة التوريث التى نوهنا عنها ونقدنا وضعها .

والتصفية ليست قيداً ثقيلا على الورثة ، وحاجزاً دون ملكهم فقط ، بل هى فوق ذلك عبء على التركة فنفقاتها ونفقات الخبراء ، والمحاسبين والاجراءات ، والقسمة كل ذلك عبء على التركة ، وربما لاتكون فى أضيق ما يمكن من الإنفاق وتعقيب القضاء وراءه ليس بمحيط لكل تصرفاته ، واعتبر ذلك بحال نظار الأوقاف

(١) إقرأ فى هذا المادة ٩٠٢ .

وما يرهقون به الأوقاف من نفقات ، مما ضجت الشكوى منه أصوات المستحقين ، وأشكت الحكومة هؤلاء الشكاة ، فأجارت قسمة النظر كما ذكرنا، بحيث يكون كل واحد ناظراً على حصته ثم ألغت الوقف الأهلى .

ولذلك نكرر الرجاء — والتصفية اختيارية — أن يضيق دائرتها قضاؤنا العادل، فيتجه إليها حيث تتعين ، ولا يكون طريق سواها ، وعند الله جزاء العادلين .

٥١ — هذا وإن للمحكمة عند تقرير التصفية أن تتخذ الاحتياطات اللازمة على وجه الاستعجال للمحافظة على التركة إذا طلب ذلك أحد ذوى الشأن من الدائنين ، أو الموصى لهم أو الورثة ، أو من النيابة العامة [1] إذا لم يكن قد عرف للميت وارث ، أو عرف ولكنه غائب فى مكان بعيد ، أو غير معلوم المكان ، وللمحكمة أن تقوم بهذه الاحتياطات من غير طلب أحد ، فإن الاحتياط للأموال التى لاحافظ لها من أصحابها من الحبسه العامة التى تقوم بها جهة الاختصاص من تلقاء نفسها ، والمحكمة هى الناظرة فى مصالح الناس فى دائرتها .

وإن اتخاذ هذه الاحتياطات بطلب أو من غير طلب واجب على المحكمة ، وليس بحق جوازى لها ، فإن ذلك لحفظ الأموال من الضياع إلى أن يتسلمه مالكه ، أو من له ولاية عليه ، ولو كانت ولاية مؤقتة .

ويلاحظ أن ذلك الاحتياط إنما هو للمحافظة إلى أن يتولى أمر المال المصفى .

٥٢ — ويلاحظ أنه لا قسمه قبل تمام التصفية إلا إذا كانت الديون مؤجلة ، ولم يجمع الورثة على حلولها ، فإن التركة تقسم محملة بهذه الديون المؤجلة ، مع تقديم الضمانات الموثقة لحقوق الدائنين ، فإن كل حصة فى هذه تكون محملة بدينها المؤجل ، ولكل صاحب حصة من الورثة أن يخلص حصته بالتعجيل بأداء دينه .

وهنا نجد أن الشريعة كانت مسهلة بالنسبة للتركات غير المستغرقة أكثر من القانون ، فإنها أجازت القسمة بإطلاق على أن يخصص جزء من التركة لأداء

---

(١) اقرأ المادة ٧٨١ .

الدين ؛ ثم يقسم البـاقى بين الورثة قسمة قابلة للنقض إلى أن يستوفى الدائنون ديونهم أما القانون فقد جوز القسمة فقط فى حال ما إذا كانت على التركة ديون مؤجلة ، ولم يجمع الورثة على تعجيلها ، وظاهر العموم فى عبارة القانون أنه يشمل التركات المعسرة ، والتركات الموسرة بالنسبة لجواز التقسيم إذا كانت الديون مؤجلة ، وإن ذلك بلا شك توسعة أكثر من المذهب الحنفى الذى لا يجيز تقسيم التركات المستغرقة بالدين ؛ لعدم ملـكية الورثة لهـا .

التصرف فى التركة

٥٣ — قدمنا عند الكلام فى ملـكية الورثة للتركة أن هناك نظريتين متقابلتين ، اعتنق كل واحدة منها فريق من الفقهاء (إحداهما) أن الملـكية تنتقل إلى الورثة من وقت الوفاة ، ولو كانت التركة مستغرقة بالدين ، وهذه نظرية الشافعية ؛ والحنابلة على المشهور من روايات مذهبهم ، (والثـانية) أن الملـكية تنتقل إلى الورثة فى الجزء غير المشغول بحاجة الميت ، أما المشغول بحاجته ، فإنه يستمر على ملـكية الميت ، أو حكم ملـكيته ، فإن كانت التركة مستغرقة بالدين لا تنتقل ملـكيته إلى الورثة ، لأنها كلها مشغولة بحاجته ، وإن كانت غير مستغرقة فانه ينتقل إلى ملك الورثة بمجرد الوفاة الجزء غير المشغول بحاجته ، فتـكون ملـكية الورثة فيما بعد الدين ؛ وهذه نظرية الحنفية وإليها يميل المالـكية .

كان الظاهر أن يتبع الملـكية على أنه ثمرة لهـا — حرية التصرف ؛ فـكان ينبغى على مقتضى هذا الظاهر أن تجوز التصرفات عند الذين حكموا بانتقال الملـكية ، ولـكن لآرائهم فى العقود ، لا فى التركة قيدوا حرية التصرف ، ولذلك لم يكن جواز التصرفات مقرراً عند الشافعية تبعاً لهذه الملـكية ؛ وليتبين الموضوع نقول :

٥٤ — إنه على مذهب الحنفية الذين قرروا أن الملـكية تنتقل فى غير المشغول بحاجة الميت أى بالدين — قرروا أنه فى حال استغراق التركة بالدين ؛ لا يجوز أى تصرف من الورثة فى التركة إلا فى إحدى أحوال ثلاث .

أولاها — أن يطلب إليهم القاضى بيع التركة أو بعضها لسداد الدين،وفى هذه الحال يكون بيعهم جائزاً نافذاً لأن القاضى أقامهم مصفين للتركة ، وبهذا الوصف ساغ البيع ونفذ .

(ثانيتها) أن يرتضى الدائنون تسوية الأمر بينهم وبين الورثة ؛ ويرتضوا أن يقوم الورثة بالعمل على البيع وسداد الدين ، ويتفقوا معهم على أوقات البيع ، والأسعار المناسبة أو يفوضوا أمر السداد إليهم ثقة بهم ، وفى هذه الحالة يسوغ تصرفهم ؛ لأن المنع كان لحق الدائنين ، وقد ارتضوا بتصرفهم ، أو ارتضوا بتصرف بعضهم ، ولأن لهم خلافة عن الميت ، وإن كانت خلافة ناقصة لم تثبت ملكية لاستغراق التركة بالدين ، وتعلق حقوق الدائنين بها .

(ثالثتها) أن يستخلصوا التركة إما بسداد الدين، وليس للدائنين اختيار فى قبول ذلك السداد ؛ وإما بتقديم كفيل يرضاه الدائنون فتثبت المطالبة فى ذمته ، ويكون ذلك الضمان تبرعاً ، أى بأن يبرىء الضامن الميت من الدين ، وإما بأن يضمن الورثة مجتمعين الدين ، ويرتضى الدائنون ضمانهم ، وتنتقل الديون إلى ذممهم ، وإما بأن يضمن أحدهم السداد متبرعاً ، ففى كل هذه الأحوال تستخلص التركة ، ويكون للورثة حق التصرف ، ولو كانت مستغرقة بالدين ، وبالأولى تجوز القسمة والصلح ، وكل تصرفات الملاك فى أملاكهم .

هذه هى الأحوال التى يجوز فيها تصرف الورثة فى التركة المستغرقة بالدين ، وفى غير هذه الأحوال لا يجوز عند الحنفية أى تصرف فيها ؛ لأنه لا ملكية لهم ولا إنابة من الميت ، ولا من القاضى ، والخلافة ناقصة .

٥٥ — وإذا كانت التركة غير مستغرقة بالدين ، بأن كان الدين لا يحيط بها ، فإن الملكية تثبت لهم عند الحنفية فيما وراء الدين ، وعلى ذلك تثبت الشركة بينهم وبين المتوفى ، فعلى حكم ملكه ما يؤدى منه الدين ، والباقى على ملك الورثة ، ولقد قررنا أنه فى هذه الحال تجوز القسمة استحساناً على أن يخصص للدين قدر يكفيه .

فإذا كانت التركة قد قسمت على هذا الوضع ،فان تصرف كل وارث فى حصته

فى عينها أو منافعها يجوز ، إلا أن التصرف فى عينها ببيع أو هبة أو نحوهما يكون قابلا للنقض إذا نقضت القسمة ؛ أما لأن الجزء المخصص للدين لم يكفه ، وإما لهلاكه ، وإما لظهور دين جديد لم يكن معروفا ، ففى هذه الأحوال ينقض التصرف لنقض القسمة ، وهى أحوال نادرة الوجود ، ولذلك لا يمنع التصرف لأجلها ، ولا تغرير بأحد ؛ لأن التغرير إنما يكون حيث يتوقع النقض ويكثر ، ولم يكن نقض القسمة متوقعاً ؛ لأن هذه الأمور لم تكن متوقعة لندرتها .

٥٦ — هذا هو حكم التصرف إذا كانت التركة مدينة بدين غير محيط بها ، وكان التصرف بعد تمام القسمة ، أما إذا كان التصرف قبل تمام القسمة وتخصيص جزء للدين يكفى لسداده ؛ فلذلك حالان (إحداهما) أن يكون بيع شىء معين ، (والثانية) أن يكون بيع حصة شائعة فى التركة كلها ، بأن تكون التركة ضيعة فيبيع حصة شائعة فيها ، أو يبيع حصة شائعة من شىء معين منها لا يتجاوز نصيبه فيه .

فان كان البيع شيئاً معينا من التركة قبل القسمة ، ففى هذه الحال يكون البيع بيع شىء تعلق به حق الدائنين ، ولغـــيره من الورثة ملكية فيه ، فهو قد باع ما يملك مع مالا يملك ، وما تعلق به حق الغير ، ولذلك لا ينفذ تصرفه فى حق غيره ، ومن المقرر فى أحكام الشركة فى الملك أن أحد الشركاء ينفذ تصرفه فى حصته ، ويتوقف فى حصة غيره ؛ وهنا شركة ملك وتعلق حق الغير ، ولذلك قالوا إن ذلك البيع لا ينفذ فى غير حصته،ولا يلزم الدائنين ، وإن ارتضى الدائنون التصرف هم وسائر الورثة نفذ فى جميع العين .

ولو انفرد الوارث بالإرث ، وباع شيئاً معينا وفى الباقى سداد للدين ، فإن البيع ينفذ ، ولا يصح نقضه ويجوز التصرف وينفذ أيضاً إذا كان لسداد الدين بأمر القاضى ؛ لأنه فى هذه الحال يكون مقاما من القضاء لتسديد التزامات التركة ، ومثل ذلك إذا كان الوارث البائع هو الوصى المختار من قبل الميت ، فانه يجوز بيعه شيئا معينا لسداد الدين وتنفيذ الوصايا .

هذا كله إذا كان التصرف فى جزء معين من التركة . أما إذا كان البيع لحصة شائعة ، فيختلف الحكم إذا كان لسداد الديون ، أو لحسابه الخاص ، فإن كان البيع لسداد الديون ، ولم يكن هناك وصى ولا شخص عينه القاضى لتنفيذ التزامات التركة ، فان البيع يكون صحيحاً فى حصته من الدين ، لأن من حقه أن يخلص نصيبه ولو شائعاً من الدين ، فينفذ البيع فيما يقابل حصته ، ولا بد أن يكون ذلك الغرض واضحاً ، إما باتفاقه مع الدائنين على ذلك ، وإما بتسديد ذلك الجزء من الدين بالفعل ؛ ومثل ذلك الحكم لو كان للتركة وصى ، ولكنه كان غائباً [1]. أما البيع والوصى مقيم حاضر ، فانه لا ينفذ ؛ لأن ولاية البيع للوصى بماله من خلافة على الميت فى ذلك .

وإذا كان بيع الوارث حصة شائعة من التركة لحسابه ، لا لسداد الديون ؛ فانه يجوز إذا كانت تلك الحصة التى باعها لا تتجاوز حصته التى يستحقها بعد سداد الديون ، وحينئذ يكون البيع نافذاً ، لأنه باع ما يملك شائعاً ، وله بيقين ملك شائع إذا كان الدين غير محيط بالتركة على ما بينا ، ومن المقرر فى أحكام شركة الملك أن من يبيع حصته الشائعة يكون بيعه نافذاً ، ما دام لا يتجاوز حصته ، ولقد صرح بهذا الجواز جامع الفصولين ، فقد جاء فيه أن للوارث أن يأكل من التركة ، إذا كان فى الباقى وفاء للدين ولا وارث سواه ، وجاء فيه أنه لو باع الوارث الكبير شيئاً من التركة ليس للوصى نقضه إذا كان فى يده شيء غير ذلك يستطيع أن يبيعه وينقد منه دينه وينفذ وصاياه [2].

---

(١) جامع الفصولين ج ٢ ص ٣٧ .

(٢) الكتاب المذكور ص ٣٢ هذا وقد جاءت فروع كثيرة فى الهندية والقنية وغيرهما يبدو منها بادى الرأى أن بين الأحكام فيها وفى غيرها تضارباً ، ولكن لو فهمت النظرية الحنفية التى وضحناها فهما دقيقاً لتبين التوافق أو لتبين أن بعض الكتب يعبر عن العقد الموقوف بعدم الجواز ، وذلك كثير جداً فى كتب الحنفية ، أو لتبين أن فى الكلام قيداً ملاحظا فى الكلام وإن لم يصرح به .

وهذا بلا شك تطبيق دقيق لحكم الشركة التى تعلق بها حق الغير ، وفى هذا الكتاب ما يفيد أن البيع حتى ولو كان معيناً يجوز إذا كان من الورثة مجتمعين ، أو كان من الوارث المنفرد بالأرث إذا تركوا جزءاً يفى بالدين ؛ وقد نوهنا إلى ذلك فى الكلام فى حكم المعين .

٥٧ — هذا هو حكم التصرف فى المذهب الحنفى ، وهو يستقيم مع أقيسته ، وهو تطبيق لنظريته . أما المذهب المالكى الذى يساير المذهب الحنفى فى نظريته أو يقاربه ، فقد قالوا فيه فى التركة المستغرقة المشهور استغراقها ، أو المعلوم للورثة دينها إنه لا تجوز قسمتها ، ولا يجوز التصرف فيها بالتالى ، وأما التركة غير المستغرقة بالدين فإن الرأى فيها عندهم مختلف فعند بعضهم القسمة لا تجوز حتى يسدد الدين ، وبالأولى التصرف لا يجوز إلا بعد ذلك ، لصريح الآية الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » فحق الورثة متأخر عن سداد الدين ، ولأن حق الميت براءة ذمته ، وقد مضى إلى ربه ، فأصبح الحق ليس حق الدائنين فقط ، بل لله فيه حق ؛ وهو براءة ذمة ذلك الذى مضى إليه .

وبعضهم أجاز القسمة ، وأجاز التصرف إذا كان فى الباقى من التركة ما يكفى لسداد الدين ولبراءة الذمة ، وذلك لأن تقديم الدين على الوراثة إنما هو لحق الغرماء ، فإذا حفظ من التركة ما يضمن الوفاء بحقهم فقسمة ما وراء ذلك جائزة ، والتصرف فيه سائغ .

هذا كله إذا كانت الديون معلومة للورثة ومعروفة ؛ فأما إذا لم تكن معروفة للورثة ولا مشهورة ، فإن القسمة جائزة والتصرف جائز ، ولكن الورثة يكون ضامنين للدين عند ظهورها ، ولا يتبعون المشترين لعدم علمهم بحال المبيع ، وقد جاء فى المدونة ما نصه :

« أرأيت إن باع الورثة تركة الميت ، فأكلوها ، أو استهلكوها ، ثم قدم قوم فأقاموا البينة على دين لهم على الميت . قال مالك إن كان الرجل الميت معروفاً بالدين ، فبادر الورثة الغرماء ، فأخذوا ماله ، فباعوه واقتسموه ، وأكلوه ، كان

للغرماء أن يأخذوا مال الميت حيثما وجدوه ، ولا يجوز بيع الورثة ، واتبع الذين اشتروا الورثة ، وإن كان الرجل لا يعرف بالدين ، فباعوا على مثل ما يبيع الناس تركة ميتهم اتبع الغرماء الورثة ، ولم يكن لهم على من اشترى منهم سبيل ، ولا يأخذون من الذين اشتروا ما فى أيديهم [١] .

٥٨ — هذا هو حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأولى ، وهى نظرية الحنفية والمالكية ، ولننتقل بعد ذلك إلى حكم التصرف عند أصحاب النظرية الأخرى وهى نظرية الشافعى ، وأكثر الحنابلة ، ولقد وجدنا الحنابلة الذين قالوا بانتقال الملكية إلى الورثة بمجرد الوفاة ؛ ولو كانت التركة مستغرقة يجيزون قسمتها والتصرف فيها ، ولكن الحق يستمر متعلقا بها ، أى يتتبعها أينما أكان مالكها ، ويكون للدائنين الحق فى أحد أمرين ، إما استيفاء ديونهم من الورثة ، وإما نقض التصرف الذى نقلها إلى غيرهم ، وبيعها بأمر القاضى فى سداد الدين ، فان قضى الوارث الدين فليس للدائن وراء ذلك حق ، وإن لم يقضه طلب الوارث نقض البيع ، وبيعت العين فى الدين .

وبعض الحنابلة الذين قالوا إن الدين يمنع الملكية حتى يوفى اعتبروا كل تصرف قبل سدادها فاسداً .

٥٩ — هذا هو حكم التصرف عند الحنابلة أما الشافعية وهم الذين حملوا لواء النظرية وقرروا انتقال ملكية التركة المستغرقة بالديون إلى الورثة ، فقد منعوا

(١) المدونة حـ ١٣ ص ٥٩ طبع الساسى . وقد نهج القانون المدنى مثل ذلك المنهج ، فإنه ذكر أن على المصفى أن يوجه تكليفاً علنيا لمدينى التركة ودائنيها أن يقدموا بياناً بما لهم من حقوق ، وبما عليهم من ديون ، وذلك فى خلال ثلاثة أشهر من التاريخ الذى ينشر فيه التكليف آخر مرة ، فإذا صفيت التركة بعد ذلك ، وظهر دائنون بعد ذلك لم يستوفوا حقوقهم لعدم ظهورها فى قائمة الجرد ، ولم تكن لهم تأمينات على أموال التركة لا يجوز لهم أن يثبتوا على من كسب بحسن نية حقاً عينياً على تلك الأموال ، وإنما لهم الرجوع على الورثة بسبب إثرائهم بغير حق مادة ٨٨٦ ، ٨٩٧ :

التصرف فيها بناء على قاعدة مقررة عندهم ، وهى أن العين التى تعلق بها حق الغير لايجوز التصرف فيها ، فلا يجوز بيع العين المرهونة قبل فكاك الرهن ؛ وعلى ذلك فالتصرف لايجوز إلا إذا كان لأجل سداد الدين ، فبيع الوارث لحساب نفسه لايجوز ، ولكن بيعه لسداد الدين يجوز ..

ثم منع التصرف إنما هو لحق الشارع وحق الدائن ؛ ولذلك لايسوغ البيع ولو أذن الدائن ، إلا إذا أبرأ المدين من الدين .

وهذا سواء أكانت الديون محيطة بالتركة أم لم تكن محيطة بها ، ولكن ذكر بعض الشافعية جواز التصرف من الوارث بمقدار حصته من التركة غير المستغرقه بعد سداد ديونها ، وهذا معقول فى ذاته ، ومنطقى مع مذهب الشافعية الذى يجيز تجزئة الضمان فى الحقوق المتعلقة بالتركة .

٦٠ — هذا هو حكم الشريعة على اختلاف مذاهبها فى التصرف فى التركة قبل سداد الديون ، سواء أكان قبل القسمة أم كان بعدها ، ولننظر بعد ذلك فى حكم القانون المدنى .

لقد تعرض القانون المدنى للتصرف فى التركات فى موضعين ، فى تصفية التركات ، وفى أحكام البيوع وأحد النصين مانع ، والآخر مسوّغ ، ولكل موضوع خاص فلا تعارض ، ولا شبهة تعارض ، فأما النص المانع فهو بيع أى شىء من التركة قبل شهادة التوريث ، فقد جاء فى المادة ٨٨٤ « لايجوز للوارث قبل أن تسلم إليه شهادة التوريث المنصوص عليها فى المادة ٩٠١ أن يتصرف فى مال التركة . . . . » .

وهذا النص موضوعه التصرف فى شىء معين من التركة ، وخاص بالتركات التى عين لها مصف كما نوهنا ، وأما النص المسوغ فهو مانصت عليه المواد — ٤٧٣، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ فقد ذكرت هذه المواد أن من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لايكون ملزما أمام المشترى إلا بثبوت وراثته ، وهذا البيع لايسرى فى حق غيره إلا إذا اتخذت الإجراءات الواجبة لنقل كل حق فيها ، فاذا كان فى التركة عقار

لا يسرى البيع فى حق الغير إلا بعد شهره بالتسجيل ، ولا تنتقل الملكية فيه إلى المشترى إلا بذلك أيضاً ، ويدخل فى بيع التركة ديونها التى تكون لها قبل غيره ؛ فإن كان البائع قد استوفى بعضها أعطاه المشترى ثم يكون البيع منصبا على التركة بما لها من حقوق ، وما عليها من التزامات ، فيكون على المشترى أداء ما عليها من ديون ؛ فإن كان البائع قد وفى بعضها أو كلها رجع بما وفى على المشترى .

وظاهر من هذه الخلاصة أن موضوع البيع هو التركة بمغانمها ومغارمها ، سواء أكان المبيع التركة كلها ، أم كان المبيع بعضا شائعاً فيها ، فإذا كان الوارث مستحقاً للتركة كلها وباعها على هذا الوضع ، أو باع الورثة مجتمعين التركة كلها على هذا الوضع فالبيع سائغ ، وكذلك إذا كان البيع من بعض الورثة ، وباع اسهمه من الميراث ، كزوج يبيع الربع أو النصف يكون بيعه جائزاً ، أو يحل المشترى محله ، فيأخذ ما كان يستحقه صافيا .

هذا الحكم عام يشمل ما إذا كان المشترى من الورثة ، وما إذا كان المشترى أجنبيا ، ويكون أجنبيا حتما إذا كان المشترى يشترى التركة كلها ، أما إذا كان يشترى بعضاً شائعا فيها ؛ فإنه يحتمل أن يكون أجنبيا ، ويحتمل أن يكون من الورثة ، وإذا كان المشترى أجنبيا فإن لباقى الورثة حق الاسترداد ، وإن كان من الورثة فإن الوارث المشترى يضرب بسهامه فى التركة ، وسهام من اشترى منه .

وإن كان باقى الورثة هم الذين اشتروا سهام الوارث الذى يبيع ، فهذا هو الذى يسميه الفقهاء التخارج ، وله أحكام وحدود سنبينها عند الكلام عليه فى موضعه من أحكام المواريث .

٦١ — وقبل أن نترك الكلام فى بيع التركات الذى جاء فى القانون نشير إلى أن القانون أجاز بيع التركة بما لها من ديون ، وقد ذكرنا أنه إذا كان البائع قد استوفى شيئاً منها أعطاه للمشترى ، وبيع الدين لغير من عليه الدين جائز فى القانون ، وأساسه هو جواز حوالة الحق ، بأن يطالب بالحق من لم يكن صاحبه

فى الأصل ؛ وبيع الدين لغيره من عليه الدين لا يجوز فى المذهب الحنفى ، وحوالة الحق لا تجوز ؛ لأن تمليك الدين لغير من عليه الدين لا يجوز .

ولكن صرح فقهاء فى المذهب الحنبلى بجواز ذلك ، وتحايل بعض فقهاء الحنفية على تجويزه ، ونريد أن نستطرد فنبين جواز ذلك ، كما جاء فى المذهب الحنبلى ، وكما تحايل فقهاء الحنفية لجوازها .

لقد بين ابن تيمية جواز تحويل الدين لغير من عليه الدين ، وبين أنه معاونة على الاستيفاء ، وعلل ذلك بأنه لم يرد نص عام ولا نص خاص بمنع ذلك ؛ ولأن حوالة الحقوق من جنس المعاونة على استيفاء الحقوق ، ولذلك ذكر النبى ﷺ الحوالة فى معرض الوفاء ، فقال فى الحديث « مطل مغنى ظلم ، وإذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع » .

أما المذهب الحنفى فمع أن أقيسته الفقهية لا تتسع لقبول حوالة الحقوق ، قد تحايلوا لتجويزها ؛ ذلك بأن فقهاءه امتازوا بالقدرة على استخراج المخارج الفقهية إذا ضيقت عليهم الأقيسة أبواب الفتوى ، وقد وجدوا لحوالة الحقوق مخرجاً ، وأفتى بها بعضهم ، ولذلك جاء فى البدائع جوازها ، واعتبرها توكيلا بقبض الدين وهذا نص قوله :

وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بها من غير من هى عليه . فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هذا الدين الذى فى ذمة فلان ، وذلك لايجوز ، لأن مافى ذمة فلان غير مقدور التسليم فى حقه، والقدرة على التسليم شرط انعقاد العقد على ما مر ، بخلاف البيع والشراء ممن عليه الدين . وإن لم يضف العقد إلى الدين الذى عليه جاز . ولو اشترى شيئاً بثمن دين ولم يضف العقد إلى الدين حتى جاز ، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى له عليه جازت الحوالة ، سواءاً كان الدين الذى أحيل به ديناً يجوز بيعه قبل القبض ، أم لا يجوز

كالسلم ونحوه ، وذكر الطحاوى أنه لاتجوز الحوالة بدين لايجوز بيعه قبل القبض ، وهذا غير سديد ؛ لأن هذا توكيل بقبض الدين ، فان المحال له يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له ، والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان ، ويكون قبض الوكيل كقبض موكله [١] .

وترى من هذا أن بيع الدين سائغ جائز فى المذهب الحنفى والحنبلى ؛ وماجاء فى القانون المدنى فى هذا المقام غير بعيد عن الفقه الإسلامى ، والله أعلم .

(١) البدائع الجزء الخامس ص ١٨٢ ، وأحمد بن حنبل للمؤلف ص ٢٨٠ فى باب القياس الحنبلى .

القسم الثانى

أحكام المواريث

٦٢ — المستحقون للتركة :

قلنا إن أول شيء يتعلق بالتركة بعد الوفاة هو تجهيز الميت وتكفينه هو ومن كان يجب تجهيزه وتكفينه إذا مات قبله ، ولم يكن قد جهز وكفن ، كابنه إذا مات قبله ، وقبل أن يدفن مات الأب ، وكالزوجة إذا ماتت قبل زوجها ، فإذا مات قبل تجهيزها جهزت من ماله أخذاً برأى أبى حنيفة وأبى يوسف وهو الراجح المشهور فى المذهب ، وهو أن تجهيز الزوجة وتكفينها على زوجها موسرة كانت أو معسرة ؛ لأن نفقتها كانت واجبة عليه ، والتجهيز تبع لها .

وبعد التجهيز والتكفين تسدد الديون التى للعباد كما بينا ، ويبدأ من الأعيان التى تعلقت بها الديون قبل الوفاة بسداد هذه الديون منها ، وما بقى فلسائر الديون . ويبدأ على مقتضى أحكام المذهب الحنفى بديون الصحة ، وهى الديون التى ثبتت فى حال الصحة ، بأى طريق من طرق الإثبات ، والديون التى ثبتت فى حال المرض بغير الإقرار ، وديون المرض هى الديون التى ثبتت فى حال المرض بطريق الإقرار وحده ، وبعد سداد ديون الصحة تؤدى ديون المرض ، فإن كان الباقى لا يكفيها أديت الديون بالمحاصة ، أى بنسبة بعضها لبعض ، وهكذا .

وبعد سداد الديون بأنواعها إن بقى شيء تنفذ منه الوصايا التى لا تزيد على ثلث التركة ، ومنها الوصية الواجبة ، وسنشرح فى هذا الكتاب طريق استخراجها .

وبعد ذلك يكون الباقى من التركة للورثة ، ومن فى حكم الورثة ، كالمقر له بنسب فيه تحميل النسب على الغير وبيت المال .

٦٣ — وقد رتب القانون بين المستحقين فى المادة الرابعة [١] منه ، فذكر انه يؤدى من التركة أولا ما يكفى للتجهيز والتكفين له ، ولمن كان يعوله فى حياته ، ثم تسدد الديون ؛ ولم يفصل طريق سدادها ، وقد ترك ذلك إلى ما اشتمل عليه المذهب الحنفى ، وما جاء خاصا بالتركات من أحكام القانون المدنى ؛ وقد بينا ما فى كليهما فى القسم الأول ، وهو الخاص بأحكام التركات العامة ، مع الموازنة بين المذاهب فى ذلك .

ثم بين أنه يلى سداد الديون تنفيذ الوصايا التى تخرج من الثلث ، وطرق استخراجها لم يتعرض لها قانون الميراث ، وتركها لقانون الوصية ، وسنتكلم عن الجزء الذى يجب بيانه فى الميراث عند بيان حلول المسائل التى تكون فيها وصايا ومواريث .

ولقد ذكر القانون أنه يلى الوصية النافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد حق الورثة سواء أكانوا أصحاب فروض ، أم كانوا عصبة أم كانوا ذوى أرحام ؛ وسواء أكانت العصبة عصبة نسبية ، أم سببية ، وهى التى يكون سببها ولاء العتاقة ، على ما سنبين فى أسباب الميراث ، بيد أن القانون أخر ولاء العتاقة فى الميراث عن الرد على الزوجين ، وجعل الرد على الزوجين بعد ذوى الأرحام ، وهو ليس من مذهب الحنفية ، أما الرد على ذوى الفروض غير الزوجين ، فهو مقدم على ذوى الأرحام ، وسنبين ذلك عند الكلام فى الرد .

٦٤ م — وإذا لم يكن ثمة وارث ، فإن التركة تكون لمن يأتى :

---

(١) هذا نص المادة الرابعة : (يؤدى من التركة بحسب الترتيب الآتى . أولا — ما يكفى لتجهيز الميت ومن تلزمه نفقته من الموت إلى الدفن . ثانيا — ديون الميت ثالثا — ما أوصى به فى الحد الذى تنفذ فيه الوصية . ويوزع ما بقى بعد ذلك على الورثه فإذا لم يوجد ورثة قضى من التركة بالترتيب الآتى : أولا — استحقاق من أقر له الميت بنسب على غيره . ثانيا — ما أوصى به فيما زاد على الحد الذى تنفذ فيه الوصية ، فإذا لم يوجد أحد من هؤلاء آلت التركة أو ما بقى منها إلى الخزانة العامة) .

(ا) المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، كمن يقر لشخص بأنه أخوه أو عمه ، أو ابن ابنه ، أو ابن بنته ، ولم يثبت ذلك بدليل آخر غير الإقرار ، فإنه لا يعد وارثا له ، ما دام هناك وارث سواه ، ولو كان أحد الزوجين ، وذلك لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر ، لا تتجاوزه إلى غيره ؛ ومن أقر لشخص بأنه أخوه ، فقد تضمن إقراره ادعاء بنوته من أبيه ، فلا يثبت بذلك الإقرار النسب ، ولكن يلزم المقر ما يكون فى دائرة حقوقه ، وواجباته ، فيشاركه فى الميراث إن لم يكن وارث سواه ؛ وتجب عليه نفقته إذا كان من أقر له فقيرا عاجزاً عن الكسب .

والإقرار بالنسب الذى يكون فيه تحميل النسب على غيره يكون فى الإقرار بغير الأبوة المباشرة والبنوة المباشرة ، أما الإقرار بهما ، فإنه لا يكون فيه تحميل النسب على غيره ، ممن أقر لشخص بأنه ابنه واستوفى الإقرار شروط صحته ، فإنه يكون ابنه ، ويشـــارك فى الميراث سائر أبنائه ، ومن أقر لشخص بأنه أبوه ، واستوفى شروط صحة الإقرار عامة ، والإقرار بالنسب خاصة ؛ فإن الإقرار يكون صحيحا ، ويرث منه ، ويشارك أولاد المقر بنصيبه معهم إن كان للمقر أولاد .

والقانون قد جعل المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بعد الوارثين الثابتة أسباب ميراثهم ثبوتا لا شك فيه ، ولم يجعله من ضمن الورثة ، بل جعله من المستحقين للتركة بغير الميراث ، وذلك لأن إقراره ، وإن لم يثبت القرابة المسوغة للميراث — قد بين إرادته فى أن يكون هذا وارثاً له ، فتنفذ إرادته ؛ بيد أنه إذا استحق ، فإنما يستحق بسبب ذلك الإقرار ؛ وأقصى ما كان يؤدى إليه الإقرار لو أعمل أن يكون أخا أو عما ، فإذا استحق شيئاً ، فيلاحظ أنه يشترط فى استحقاقه ما كان يشترط فى الأخ والعم ونحوهما ؛ ولذلك لا يستحق إذا اختلف الدين ، وبعبارة عامة إذا قام مانع من موانع الأرث ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« والمقر له بالنسب (أى الذى فيه تحميل على الغير) غير وارث ؛ لأن الأرث يعتمد ثبوت النسب ، وهو غير ثابت بالإقرار ، غير أن الفقهاء أجروا

عليه حكم الوارث فى بعض الأحوال ، لتقديمه على الموصى له بما زاد على الثلث بالنسبة للزائد ، ولاعتباره خلفا عن المورث فى الملك ، فله أن يرد بالعيب ، ولمنعه عن الإرث بأى مانع من موانعه .

وإن ميراث المقر له بنسب فيه تحميل على غير المقر لم يذكر فقط فى المادة ٤ بل ذكر فى المادة ٤١ ، واشترط لاستحقاقه مع الشروط السابقة ألا يكون معروف النسب ، فإذا أقر لشخص بأنه أخوه ، وكان المقر له ذا أب معروف بنسبته إليه ، فإنه لايستحق شيئا ؛ لأن شرط الأخذ بالإقرار ألا يقوم الدليل على كذبه ، ولاشك أنه إذا كان للمقر له أب ، وقد أقر المقر بأنه أخوه شقيقه أولأبيه فإن ذلك يكون دليلا على كذب الإقرار ، ولو أخذ به لكان فى ذلك أخذ بالدليل الأضعف المثبت ، فى مقابل الدليل الأقوى النافى لما أثبته الإقرار .

وكذلك اشترط لاستحقاقه فى التركة ألا يرجع المقر عن إقراره ؛ لأنه إن رجع فى إقراره يكون قدكذب نفسه من غير أن يثبت قوله الأول حقا فى النسب للمقر له ، ولأن استحقاقه فى التركة — الأساس فيه تنفيذ إرادة الميت المقر فى إلحاقه بقرابته ، وإعطائه ما يأخذه من فى درجته من ذوى قرباه ؛ وإذا رجع فى إقراره تكون هذه الإرادة غير موجودة ، فلا يستحق شيئاً ؛ لزوال سبب الاستحقاق (١)

---

١ — نريد فى هذا المقام أن ننبه إلى أمرين : (أحدهما) أن الإقرار بالبنوة غير المباشرة ، وقد قررنا أنه يكون فية تحميل النسب على الغير ، ولكن جاء فى الدر المختار أن ذلك مقيد بما إذا كان أب المقر له موجوداً أى أنه مقيد بكون المتوسط حياً ، فإذا كان ميتا ، فليس فيه تحميل نسب على غيره ؛ ويظهر من سبب هذا التقييد أن مثل ذلك الإقرار بالأبوة غير المباشرة .

(ثانيهما) أن إقرار الورثة لغيرهم باستحقاق الميراث معهم معتبر ، سواء أكان الإقرار منهم جميعاً ، أم كان من بعضهم ، غير أنه إذا كان الإقرار منهم جميعاً يلزمهم جميعاً ، فلو كانوا ثلاثة أبناء ، وأقروا برابع كان الميراث بينهم الأربعة وإن كان المقر بعضهم ألزم من أقر بإقراره ، فإذا كانوا ثلاثة ، وأقر واحد منهم بابن رابع ؛ شاركه فى نصيبه هو ولم يشارك سائر الأبناء ، فيكون نصيب المقر بينه وبين المقر مالم يكن =

ويلاحظ أنه إن ثبتت الأخوة أو العمومة بحجة تامة يثبت النسب ، ويكون استحقاقه بوصف كونه أخا صحيح النسب ، فيأخذ نصيبه فى درجته من القرابة ، لا بعد ذوى الأرحام ، والرد على الزوجين ، كما هو مبين فى توزيع التركة ، وكما سنشرحه .

٦٥ م (ب) والمرتبة الثانية من المستحقين للتركة من غير الورثة : الموصى له بأكثر من ثلث المال فى الجزء الزائد ، لأن ذلك الزائد إنما امتنع أخذه لحق الورثة ، وليس ثمة ورثة فيستحق كل الموصى به ؛ وذلك بإجماع الأئمة الأربعة ؛ فلا خلاف بينهم فى أنه إذا لم يكن وارث تكون الوصية بأكثر من الثلث نافذة إذ التقيد بالثلث إنما هو لحق الورثة ، باتفاقهم أجمعين ، وموضع اختلافهم هو فى الوصية بأكثر من الثلث عند وجود الوارث ، فالحنفية والحنابلة قرروا أن الوصية تكون صحيحة ، ويتوقف نفاذها فى الجزء الزائد على الثلث على إجازة الورثة ؛ وبذلك أخذ قانون الوصية ؛ فلم يعتبر الوصية بأكثر من الثلث باطلة ، وإنما جعل للورثة إبطالها ، وقال الشافعية وبعض المالكية إن الوصية بأكثر من الثلث عند وجود الوارث باطلة فى الزوائد عن الثلث ، فإن أجاز الورثة الزيادة تعتبر إجازتهم تبرعا مبتدأ ، ويسند إليهم التبرع ، ويشترط فيه ما يشترط فى التبرعات المبتدأة ولا يعتبر إمضاء لعمل الموصى مضافا إليه ، على أنه صادر عنه .

ولقد ذكر بعض فقهاء الحنفية أن الموصى له القاتل يعقب الموصى له بأكثر

= عدد من أقر بينة قد أثبتت النسب ، فإنه إن كان المقرون عدداً وكانوا عدولا يتكون منهم نصاب الشهادة كان ذلك الإقرار شهادة أى حجة تامة تلزم الكافة وتثبت النسب ، وتجىء الوراثة تبعاً لذلك ، وعلى ذلك يشارك الجميع ؛ وإذا كان المقر غير عدل ، أو لم يتكون نصاب الشهادة ، وهو رجلان أو رجل وامرأتان ؛ فإن المقر له يشارك المقر فى استحقاقه دون سواه ؛ لأن الإقرار حجة قاصرة على المقر دون غيره .

ويستخلص من هذا أنه حيث كان الإقرار مثبتاً للنسب يثبت الميراث ، ويلزم به الكل ولو كان المقر هو البعض ، ويكون ذلك إذا وجد نصاب الشهادة وشرطها ، وهو العدالة ؛ وإذا لم يكن الإقرار مثبتاً للنسب ، فإن الميراث يثبت على الجميع إن كانوا مقرين ، وعلى من أقر فقط ، إن كان بعضهم أقر .

من الثلث ، أى أنه إذا لم يكن موصى له بأكثر من الثلث ، أو كان وأخذ الزيادة وبقى بعدها من التركة فضل مال ، فإنه يكون للموصى له القاتل ؛ هكذا نقل صاحب السراجية عن بعض الفقهاء ، ولكنه رجح أن الوصية للقاتل تكون غير صحيحة فى ذاتها ، كما هو رواية عن أبى حنيفة .

والحق أن الرواية المشهورة عن أبى حنيفة ومحمد تقفها على إجازة الورثة ، وعند أبى يوسف أنها تولد باطلة ، ولكن الذى عليه الفرضيون أن الموصى له إن قتل الموصى ، وليس له ورثة لا يستحق شيئاً ، إما لأن الوصية متوقفة على إجازة الورثة ، فإن لم يكن ورثة فليس لها مجيز فتبطل ، ككل تصرف موقوف ليس له مجيز ، وليست كالوصية بأكثر من الثلث ؛ لأن الوصية بأكثر من الثلث صحيحة ، ولكن للورثة الاعتراض عليها وعدم تنفيذها لحقهم ، بخلاف الوصية للقاتل فإنها تكون من أول الأمر موقوفة على إجازتهم ؛ لأن لهم العفو عن القاتل باعتبارهم أولياء الدم ؛ فبالأولى لهم إجازة التصرف المالى له ، وهذا عند من يقول : إنها تتوقف على إجازتهم .

وإما لأن القتل يبطلها كما هو رأى أبى يوسف ، وبذلك أخذ قانون الوصية ؛ فليس للموصى له القاتل شىء من التركة ، بمقتضى هذا القانون ، وبمقتضى مشهور حكام الفقهاء فى المواريث .

٦٦ — (حـ) والمرتبة الثالثة من المستحقين من غير الورثة — بيت المال — وهو القسم الخاص بأموال الضوائع من أقسام بيت المال — فالتركة تذهب إلى بيت المال إذا لم يكن ورثة ، على أنها من الضوائع التى لا يعرف لها مالك ، لا على أن بيت المال وارث ؛ وهذا ما تفيده عبارة القانون بترتيبها للمستحقين ، وبصريح العبارة ، وقد أخذ هذا الحكم من المذهب الحنفى ؛ فعبارة كتبه صريحة فى هذا كما جاء فى أقسام بيوت المال ، وكما جاء فى توزيع التركات ؛ ولذلك يأخذ تركة المسلم والذمى على سواء ، من غير تفرقة ، ويصرف فى مصارف بيت مال الضوائع ، وإذا كان ميراثاً ما أخذ تركة أهل الذمة ؛ لأن بيت مال المسلمين ما فيه

هو لجماعة المسلمين ، فلو كان ما يأخذه ميراثاً ما ساغ لبيت المال أن يأخذ مال الذمى ؛ لفقد شرط الميراث ، وهو اتحاد الدين .

ولذلك إذا وضع بيت المال يده على التركة فهى استيلاء على مال ضائع ؛ فإذا أقام شخص الدليل على ملكيته له بأن أقام الدليل على أنه الوارث دون سواه ؛ لا يعد المال ضائعاً ، بل يكون عليه تسليمه له ، ومثله فى ذلك مثل من التقط شيئاً فعرف عنه ، ثم وجد من ادعى ملكيته ، وأقام الأمارات المثبتة فإنه يجب عليه أن يسلمه له .

٦٧ — هذا وقبل أن نترك الكلام فى المستحقين للتركة من غير الورثة ننبه إلى أمور أربعة :

أحدها — أن الموصى له بأكثر من الثلث وبيت المال لا يشترط فيهما ما يشترط فى الورثة ، كالمقر له بالنسب من حيث اتحاد الدين ؛ لأن الوصية تصح مع اختلاف الدين ، وبيت المال كما هو مقرر فى الفقه الحنفى وقانون الميراث لا يستحق بمقتضى كونه وارثاً — بل باعتبار التركة من الضوائع .

ثانيها — أن إعطاء المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره هو رأى الحنفية ، والشافعية لا يعطونه ؛ لأنه إما أن يثبت النسبة فيأخذ بمقتضى قرابته ، ويثبت نسبه بحجة تامة تلزم الكافة ، وإما ألا يثبت النسب بهذا الإقرار ، والنسب هو السبب الموجب للاستحقاق ، فإذا لم يتحقق ، فلا يوجد السبب ، وحجة الحنفية ما ذكرنا من أن إعطاءه ، إنما هو لتنفيذ إرادة الميت ، لا للاستحقاق بالنسب الموجب للميراث إذا لم تكن وصية .

ثالثها — أن الفقهاء اختلفوا فى بيت المال أيأخذ بعد أصحاب الفروض وقبل الرد أم بعد ذوى الأرحام ، ثم ما نوع استحقاقه أهو ميراث أم على أنه مال لا ملك له ، كما اختار القانون .

أما بالنسبة لمرتبة استحقاقه ، فقد قال الحنفية ، والحنابلة وبعض المالكية إن مرتبته هى بعد ذوى الأرحام على خلاف الحنفية مع غيرهم بشأن المقر له بنسب

فيه تحميل النسب على غيره ؛ وقال الشافعية إن بيت المال إذا كان القائم عليه عدلا يقدم على الرد، أى أنه لارد على أصحاب الفروض ، ولا ميراث لذوى الأرحام ، وإن كان القائم عليه غير عدل فإن المال يرد على أصحاب الفروض ، وسنبين ذلك فى موضعه ؛ وذلك كله إذا لم تكن ثمة وصية ، وإلا فهى مقدمة عليه على ما بينا .

وأما الخلاف فى نوع استحقاق بيت المال ، فالحنفية والحنابلة وبعض المالكية قالوا إنه لايعتبر وارثا ، وإنما يأخذ التركة على أنها مال ضائع ، كما بينا ، وبعض الشافعية يعتبرون مايأخذه بيت المال على أنه وارث ، لأن جماعة المسلمين يستحقون فى مال من يموت من غير وارث ، كما يعقلون عن جناية من لاعاقلة له ، فهذه الصلة الرابطة كما أوجبت الحق أوجبت الميراث ، وقد بينا حجة الأولين فيما مضى، وما أخذ به القانون ،والاختلاف فى هذا المقام نظرى ، أثره فى العمل قليل.

رابعها — أن المستأمن إذا لم يكن له وارث فى دار الاسـلام ، وكان له وارث فى دار الحرب ، لا يملك بيت المال ماله ؛ لأنه ليس مالا ضائعا ، بل له مالك فى دار الحرب ، وله احترام ، لأن من كان واضع اليد عليه ليده حرمة بعقد الأمان الذى عقده واستأمن به ؛ فهو لايحفظ لاحترام ملكية المقيمين بدار الحرب ، بل لاحترام الأمان الذى عقد ؛ ولذلك إذا أوصى بكل ماله لشخص فى دار الاسلام أعطى ذلك الموصى له كل المال من غير نظر إلى حقوق الورثة ؛ لأن الأمان الذى عقده هو الذى أوجب صيانة ماله . وبموجب الأمان تنفذ أراداته فى ماله [1] .

الوراثة وأسبابها وترتيبها

٦٨ م — ذكرنا المستحقين للتركة من غير الورثة ، وهنا نذكر الورثة وأسباب الوراثة عند جمهور الفقهاء ثلاثة ، الزوجية ، والقرابة ،

(١) راجع شرح السراجية وحاشيته ص ٥٨ .

والولاء [١] ؛ والأمران الأولان مجمع عليهما فى الفقه الإسلامى ؛ والأخير مختلف فيه بنوعيه، وإن كان الاختلاف فى ولاء العتاقة يسيراً ، لأنه لم يخالف فيه إلا الإباضية [٢] ، وأما ولاء الموالاة ، فالجمهور على عدم اعتباره سببا من أسباب

---

(١) الولاء صلة تربط الشخص بغيره ، فتجعله فى بعض الأحكام كأقاربه ، وهو ليس من أقاربه ، والولاة قسمان مختلفان ، فرق بينهما سببه ، ولاء العتاقة وولاء الموالاة ، فولاء العتاقة صلة الشخص وعصبته بعبد أعتقه ؛ فإن تلك الصلة تسمى ولاء العتاقة ، أى الولاء الذى سببه العتق ؛ وهذه الصلة من آثارها أن المعتق وعصبته الذكور يرثون المعتق إذا لم يكن له وارث آخر بمقتضى قانون الارث ، وكانت مرتبتهم قبل القانون أنهم يرثون بعد العصبة النسبية ؛ وقبل الرد وذوى الأرحام ؛ وذلك عند جمهور الفقهاء .

وولاء الموالاة عقد بين عربى وأعجمى أسلم ، على أن يعقل العربى عن الأعجمى إذا جنى ، أى يدفع الدية ويرثه إذا مات من غير وارث مطلقا ، وقد اشترط الحنفية للتوريث بمقتضى هذا العقد ، أن يكون العاقدان لهما ولاية العقد بأن يكون كلاهما بالغا عاقلا حراً ، لأنه عقد يشترط له ما يشترط للعقود النافذة ؛ كما يشترط فى المولى ألا يكون عربيا ، ولا عتيقا لعربى ؛ لأن ولاءه يكون له ، ويرثه عند الحنفية وليه العربى ، ويشترط ألا يكون له أقارب مستحقون لميراثه كله ، فإن كانوا مستحقين بعضه كأحد الزوجين عند الحنفية فإن الباقى يكون للولى العربى أى المولى الأعلى ، ثم لعصبته بأنفسهم من بعده كولى الموالاة .

(٢) الإباضية فرقة من فرق الخوارج ، وهى فرقة معتدلة ، ولذلك بقى ناس منها إلى اليوم ، وقد قالوا إن الميراث لا يثبت بولاء العتاقة لأنه لا قرابة بينه وبين المعتق ، ولا دليل صح فى نظرهم يوجب الوراثة ، والميراث عندهم للزوجين وذوى القرابة ، فإن لم يكن له قرابة قط ، ورثه أهل جنسه من المسلمين ، فإن كان عربياً ورثه العرب ؛ وإن كان فارسيا استحق ماله الفرس ، وإن كان مصرياً استحق ماله المصريون ، وإن كان له معتق من جنسه استحق ماله بسبب الجنسية التى قواها إعتاقه له ؛ فإذا كان المعتق زنجيا ، والعتيق مثله ولا وارث له من قرابته فإنه يستحق وحده الميراث ، ويشترط لوارثة الجنس ألا تكون زوجية ولا قرابة ولا وصية ؛ ولقد قال من الإباضية مقالة الجمهور أبو صالح الدهان ، فجعل للمعتق حقا بعد العصبة كجمهور الفقهاء .

التوريث لأن الإرث لا يكون بالاتفاق والحلف ، وإنما ذلك أمر جاهلى نسخه الإسلام ، ولم يعتبر ولاء الموالاة سبباً من أسباب الإرث إلا الحنفية ؛ وحجتهم قوله تعالى : « ولكل جعلنا موالى مما ترك الوالدان والأقربون والذين عقدت أيمانكم » فإن آخر هذا الكلم المحكم يفيد أن العقد يوجب الميراث كالقرابة، والعمل الآن على رأى جمهور الفقهاء الذين قرروا أن ولاء الموالاة ليس سبباً من أسباب التوريث ؛ لأن قانون الميراث لم يذكره بين الورثة ، ولا بين الذين يستحقون التركة أو بعضها من غير الورثة .

وإنما كانت تلك الأمور الثلاثة هى أسباب الوراثة ؛ لأن الوراثة خلافة عن الميت ، كما هو مقرر شرعا ، وهذه الخلافة إنما تكون لمن تعتبر حياته امتداداً لحياته ؛ ولمن كان يؤثره بالمودة فى القربى ؛ ولمن كان يشركهم فى حياتهم ، ويشاركونه فى حياته ، وأولئك هم قرابته الأدنون ، ومن يليهم وزوجه ؛ ومن أجرى الله سبحانه وتعالى عليه على يديه نعمة الحرية له ، وهو مولاه الذى اعتقه وقرابته ؛ فإذا لم تكن له تلك القرابة القريبة أو البعيدة ؛ فلمن أراد أن يكون ماله له ؛ إما لفضل إيثاره بمعاونة عاونه فيها ، أو لصدقة يبتغى بها وجه الله ؛ فإن لم يكن من أراد أن يخلفه فى ماله خلفه فى ماله جماعته التى استظل بظلها ، والتى يعتبر وجودها حياة له ، وهم أهل دينه وملته ، ولذلك كان بيت مال المسلمين وارث من لا وارث له عند من يقول إنه يأخذ ما يأخذ باعتباره وارثاً ، وقد قلنا إنه لا يأخذ بهذا الاعتبار عند أكثر الفقهاء ، وهو الذى اختاره قانون الميراث .

٦٩ م — والشارع وإن كان قد اعتبر الزوجية والقرابة والولاء أسباباً للتوريث لم يجعلها رتبة واحدة بل جعل القرابة مراتب مختلفة واعتبر الولاء فى ضمنها ، وأقر بها مقدم على غيره ؛ ويعتبر له حاجبا بسبب تقدم مرتبة من يليه ، وهكذا .

كما لم يجعل الشارع الإسلامى نظام التوريث واحداً ؛ بل جعله على قسمين أحدهما — توريث بالفرض والتقدير ، ويستحقه الذين لهم أنصبة مقدرة بالنصف

أو الثلثين أو الثلث أو السدس أو الربع أو الثمن ؛ وأولئك إثنا عشر وهم الأب ، والأم ، والزوجان ؛ والأخوة والأخوات لأم ، والأخوات الشقيقات والأخوات لأب ؛ والبنات ، وبنات الابن ، والجد الصحيح ، وهو الذى لايتوسط بينه وبين الميت انثى ، والجدة الصحيحة ، وهى التى لايتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح كأم الأم ، وأم الأب ، وهؤلاء يسمون أصحاب الفروض ؛ لأن أنصبتهم مفروضة مقدرة .

والقسم الثانى — ميراث غير مقدر بتقدير الشارع بالنصف أو الثلث أو الثلثين أو السدس أو الربع أو الثمن ، بل تقديره نسبي ، وهو أن يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، وينفرد الواحد فيه بالاستحقاق أحياناً ، وهذا يكون فى أمرين :

أولها — ميراث العصبات ، وهم الأقارب الذين لاتتوسط بينهم وبين الميت انثى إذا كانوا ذكوراً ، أو إناثاً كن ذوات فرض ، ولم يأخذن فرضهن ، لوجود ذكر عصبة كان فى طبقتهن أو فى حكم من يكون فى طبقتهن فعصبهن ، أو قمن مقام الذكر بدليل من أدلة الشرع ؛ وهذا هو الوراثة بالتعصيب النسبي .

الأمر الثانى — هو توريث ذوى الأرحام ، وهم الأقارب الذين ليسوا عصبة ولا من ذوى الفروض كالعمات والأخوال وبنات الأخ وأبناء الأخ ، فإن ميراثهم يكون كميراث العصبات ، إن لم يكن من هو أولى منهم من العصبات ، والأقارب أصحاب الفروض .

٧٠ م — هذان هما الطريقان الأصليان للتوريث ، إما فرض مقسوم ، وإما أن يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، وهناك طريق ثالث ، وهو طريق إضافى تبعى ، وليس بأصلى ، وهو طريق الرد ؛ وذلك يكون إذا كان هناك أصحاب فروض ، وليس هناك عصبة ، وأصحاب الفروض لا تستغرق أنصبتهم المقدرة التركة كلها ، أى أن الكسور المقدرة لا تكمل واحداً صحيحاً ، كأن يكون هناك أم ، وأخت شقيقة ، فإن الأم تأخذ الثلث ، والأخت تأخذ النصف ، فلا يكمل الواحد الصحيح ، بل يبقى جزء منه وهو السدس ، فأنه فى هذه الحال يرد

على أصحـــاب الفروض بنسبة سهامهم ، فيرد على الأم والأخت بنسبة اثنين إلى ثلاثة .

وأصحاب الفروض ليسوا سواء فى الرد ، فالزوجان من أصحاب الفروض لا يرد على أحدهما إلا إذا لم يكن هناك صاحب فرض آخر ، ولم يكن أحد من ذوى الأرحام . أما غير الزوجين ، فيرد عليه إذا لم تكمل الأنصبة الواحد الصحيح ، ولم يكن عصبة يأخذ الباقى ، فالرد على الزوجين مقدم على ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين مؤخر عن ذوى الأرحام ، ولذلك بيان بالتفصيل فى موضعه من الدراسة .

٧١ م — والآن نجمل طريقة توزيع التركة بين الورثة ومن يليهم من غير الورثة الذين ذكرناهم .

أولا — يعطى أصحاب الفروض فروضهم المقدرة .

ثانياً — مابقى من أصحاب الفروض يكون لأقرب العصبات وأولاهم للذكر مثل حظ الانثيين .

ثالثاً — إذا لم يكن عصبة ولم تستغرق أنصبة أصحاب الفروض التركة يرد على أصحاب الفروض غير الزوجين .

وابعاً — ذو الأرحام على ترتيب درجاتهم ، وذلك إذا لم يكن أصحاب فروض ولا عصبة من الأقارب ، فإن كان أحد الزوجين استحقوا ما بقى بعد أخذ فرضه ، وما يكون لذوى الأرحام يأخذه أولاهم به ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

خامساً — إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض الأقارب ، ولا أحد من ذوى الأرحام ، وكان أحد الزوجين فإنه فى هذه الحال يرد على أحد الزوجين باقى التركة .

سادساً — إذا لم يكن للميت أحد من أقاربه ، ولم يترك من بعده أحد الزوجين ، وكان عتيقاً . فإن ميراثه يكون لمعتقه ؛ فإن كان معتقه قد مات فان ميراثه يكون لعصبة معتقه من الذكور فقط الأقرب فالأقرب ويسمى هذا التوريث بولاء العتاقة أو العصبة السببية .

وهذا الترتيب هو ترتيب قانون الميراث ؛ وهو يخالف ترتيب الفقهاء ، وما كان معمولا به من قبل ، وسنبين ذلك وسند القانون فى موضعه من دراستنا إن شاء الله تعالى .

وهذا كله هو الترتيب بين الورثة ؛ فإن لم يكن أحد من هؤلاء على قيد الحياة انتقل استحقاق التركة إلى غير الورثة ، وهم الثلاثة الذين ذكرناهم آنفاً ، وهذا ترتيبهم بالنسبة لغيرهم .

سابعاً — المقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيره بالشروط التى ذكرناها .

ثامناً — الموصى له بأكثر من الثلث بالنسبة للزيادة أى أنه يأخذ الجزء الزائد .

تاسعاً — بيت المال ، باعتباره مالكاً لكل مال لامالك له .

شروط التوريث

٧٢ م — ذكرنا أن القرابة والزوجية والولاء أسباب للميراث ، ولكن السبب لاينتج عنه أثره إلا إذا تحققت شروطه وانتفت موانعه ؛ ولذلك لابد من تحقق الإرث بالأسباب السابقة من شروط ، وفى ضمن بيانها نتبين مواقع الإرث .

وشروط ثبوت الإرث ثلاثة :

أولها — موت المورث حقيقة ، أو حكما ، وموته حقيقة معروف ، وموته حكما يكون بحكم القاضى بموته وذلك فى حال المفقود الذى لاتعلم حياته ولاموته ، ويغلب على ظن القاضى موته بأمارات تدل على ذلك ، وإن لم تكن قاطعة ، أو تصلح حجة فى الإثبات ، أو بموت أقرانه [1] .

ثانيها — تحقق حياة الوارث بعد المورث ؛ فإن لم تتحقق تلك الحياة على وجه اليقين بعد وفاة المورث لايرث ، وتتحقق تلك الحياة فى الحمل بولادته كله حياً فى

---

١ — بينت هذا الشرط المادة رقم — ١ — ونصها : يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى .

المواقيت التى حددها القانون على ماسنبين فى باب توريث الحمل [1] .

ويترتب على ذلك الشرط أمران :

أولهما — أن المفقود لايرث من يموت ممن تقوم بينه وبينه أسباب الوراثة ؛ إذا مات بعد فقده ، وقبل الحكم بموته إذا حكم ، لأن حياة المفقود فى ذلك الوقت غير محققة ؛ نعم إنها مفروضة بمقتضى الأصل ؛ لأنه ترك أهله حيا ، فتكون الحياة هى الأصل ، ولكنها حياة غير محققة ، وإن كانت مفروضة .

ثانيهما — أن من يموتون فى وقت واحد ، أولا يعلم السابق بالموت منهم ، ولم يقم دليل على ذلك لاتوارث بينهم ، وذلك كالغرقى والهدمى والحرقى ، أى الذين يموتون غرقا ، أو يموتون بانهيار بناء عليهم ، أو يحرقون ، فإذا مات أب وابنه فى حريق فلا توارث بينهم ، وميراثهما معا لورثتهما ، كل لورثته ، وإذا غرق زوجان ولا يعلم أيهما سبق إليه الموت ، فلا توارث بينهما ، وميراث كل واحد منهما لورثته وإذا انهار منزل على أسرة بينها أسباب التوريث فلا توارث بينهم .

وهذا الحكم يعم من ماتوا فى حادث واحد ، أو ماتوا فى حوادث متعددة إذا لم يعلم السابق ، فحيث لايعلم السابق ؛ ولا دليل على تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث فانه لاتوارث ، لأن العلة فى منع التوارث هى عدم تحقق حياة الوارث بعد وفاة المورث ، وحيث ثبتت العلة ثبت المنع [2] .

٧٣ م — الشرط الثالث — ألا يوجد مانع من موانع الإرث ؛ لأن السبب لايعمل عمله إلا إذا تحقق شرطه ، وانتفى ما يمنعه ، وموانع الإرث التى ذكرها القانون ثلاثة :

(١) بينت هذا الشرط المادة — ٢ — ونصها : « يجب لاستحقاق الإرث تحقق حياة الوارث وقت موت المورث أو وقت الحكم باعتباره ميتاً » .

(٢) بينت حكم هذه الحال المادة رقم — ٣ — ونصها : « إذا مات اثنان ولم يعلم أيهما مات أولا فلا استحقاق لأحدهما فى تركة الآخر ، سواء أكان موتهما فى حادث واحد أم لا » .

أولها القتل العدوان المقصود ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا منفردا ؛ أم كان شريكا ، أم كان متسببا ؛ ولو كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالاعدام ونفذ ، ويدخل فى القتل بالمشاركة الدال والمحرض ، والربيئة وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل .

ويشترط فى القتل المانع من الميراث (١) أن يكون القتل اعتداء مقصودا كما نوهنا ، فاذا كان قصاصاً أو لإقامة حد أو غير ذلك من أنواع القتل العادل ، فانه لايكون مانعاً من موانع الميراث ؛ لأن المنع عقوبة ، والعقوبة لاتكون فى فعل مباح (٢) وأن يكون القاتل من أهل المسئولية الجنائية ، فاذا كان صغيرا لم يبلغ الخامسة عشرة أوكان مجنونا أو معتوها ، أو كان فى حال غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها مضطراً إليها أو عن غير علم بها فلا يمنع (٣) وألا يكون القتل فى حال الدفاع الشرعى عن النفس أوالمال (٤) وألا يكون معذوراً فى هذا القتل ، ويعتبر معذوراً إذا فاجأ زوجته فى حال زنى ، فقتلها هى والزانى ، وإذا كان القتل نتيجة تجاوز حد الدفاع الشرعى ، بأن كان يمكنه أن يدفع عن نفسه بما دون القتل ، ولكنه تجاوز الحد [١]

٧٤م — المانع الثانى من موانع الميراث اختلاف الدين ، وذلك خاص بميراث المسلمين ، فالمسلم لايرث غير المسلم ، وغير المسلم لايرث المسلم ، فإذا كان مسلم قد تزوج مسيحية أو يهودية ، ومات أحدهما فلا توارث بينهما ، فلا يرثها إذا ماتت ، ولا ترثه إذا مات قبلها ؛ ولكن لكل واحد منهما أن يوصى لصاحبه

١ — أحكام القتل المانع من الميراث هو ما اشتملت عليه المادة الخامسة من القانون ونصها :

« من موانع الإرث قتل المورث عمدا ، سواء أكان القاتل فاعلا أصليا ، أم شريكا ، أم كان شاهد زور أدت شهادته إلى الحكم بالإعدام وتنفيذه إذا كان القتل بلا حق ولا عذر ، وكان القاتل عاقلا بالغا من العمر خمس عشرة سنة ، ويعد من الأعذار تجاوز حق الدفاع الشرعى » .

وتنفذ الوصية من غير حاجة إلى إجازة الورثة إذا كانت لاتزيد على الثلث على ماهو مبين فى أحكام الوصايا ، وذلك لأن الوصايا لايشترط فيها اتحاد الدين ، فللمسلم أن يوصى لغير المسلم ، وتصح وصية غير المسلم للمسلم .

هذا بالنسبة للمسلمين مع غيرهم ، أما غير المسلمين فإنهم يتوارثون ، وإن اختلفت دياناتهم ، فالمسيحى يرث اليهودى ، واليهودى يرث المسيحى ، وهكذا[1].

٧٥ م — والمانع الثالث هو اختلاف الدارين ، واختلاف الدارين لا يمنع التوارث بين المسلمين ، ولا بين رعايا الدول الإسلامية ، ولو كانوا غير مسلمين ؛ فالمسلم يرث المسلم ، ولو كان أحدهما تحت سلطان دولة غير إسلامية ؛ لأن الولاية الإسلامية تعم المسلمين جميعا بحكم الإسلام ، ولو كانوا تحت ظلال دولة أخرى ، والمسلمون جميعا مهما تختلف دولهم ، وتتباين اصقاعهم يعدون دولة واحدة ، وعلى ذلك لو كان مسيحى تحت سلطان دولة إسلامية ، ومات مسيحى آخر تحت سلطان دولة إسلامية أخرى فإنهما يتوارثان ؛ ولاعبرة باختلاف الملك والحوزة مادامت الدولتان من دول الإسلام .

وإنما يعد اختلاف الدار مانعاً من الميراث إذا كان التوارث بين غير مسلمين ، وكان أحدهما تحت ظل دولة غير إسلامية ، فإذا مات مسيحى فى مصر وله ورثة فى انجلترا أو أمريكا ، فانهم لايرثونه لاختلاف الدار ، ولكن القانون قيد اختلاف الدار فى جعله مانعاً من موانع الإرث بقيد عادل ، وهو أن تكون شريعة الدولة الأجنبية تمنع توريث الأجنبي عنها ، فاذا كانت شريعة تلك الدولة لاتمنع توريث الأجنبي عنها ، فان اختلاف الدار لايعتبر مانعاً ، وعلى ذلك إذا مات يهودى فى مصر ، وله ورثة ينتمون إلى دولة أجنبية لاتمنع شريعتها ميراث الأجنبي فان هؤلاء الورثة يرثون مورثهم المصرى .

---

(١) بينت أحكام اختلاف الدين واختلاف الدار المادة رقم ٦ ونصها :

« لا توارث بين مسلم وغير مسلم ، ويتوارث غير المسلمين بعضهم من بعض ، واختلاف الدارين لا يمنع من الإرث بين المسلمين ، ولا يمنع بين غير المسلمين ، إلا إذا كانت شريعة الدار الأجنبية تمنع من توريث الأجنبي عنها .

دراسة فقهية مقارنة لشروط التوريث وموانعه

٧٦ م — ماتقدم من الكلام فى شروط التوريث وموانعه هو شرح وتلخيص لما جاء به قانون الميراث ، ولكى يكون الباحث على بينة لابد من تفصيل لأقوال الفقهاء ، فان ذلك بيان للمصدر الذى أخذ عنه القانون ، إذا يبين ما أخذه وماترك فيكون المطبق له على علم بما يرجع إليه من أقوال الفقهاء ، وما يدع ، ولنتكلم فى هذه الأمور .

٧٧ — موت المورث وحياة الوارث : اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين وهما

١ — أن موت المورث وحياة الوارث بعد الموت أو وقت الموت على الأقل هى الأساس للميراث ، لأن الميراث خلافة حى لميت فى ماله .

٢ — وأن الموت الحكمى الذى يكون بحكم القاضى كالموت الحقيقى فى الميراث ويكون ذلك فى حال المفقود إذا حكم القاضى بموته ، بناء على أمور أوجبت أن يظن موته ، ولا يحكم بموته قبل ذلك ، إلا إذا ثبت بدليل لا شبهة فيه ، ولا يكون حينئذ مفقوداً (١) .

---

١ — عند نظر قانون الميراث بمجلس النواب وجدت فكرة لدى فريق من أعضاء لجنته التشريعية كان من رأيه جواز إسناد الوفاة إلى تاريخ سابق على الحكم إن وجد القاضى بين يديه مايبرر ذلك ؛ وفى هذه الحال لاتكون الوفاة من تاريخ الحكم ، بل تكون الوفاة من التاريخ الذى أسنده الحكم إليه ، وإن ذلك يترك إلى تقدير القاضى الشرعى الذى يترك لتقديره ماهو أخطر من ذلك ، ولكن لم يؤخذ بذلك الرأى لافى اللجنة ولا فى المجلس .

والحق أن حكم القاضى بوفاة المفقود الذى لاتعلم حياته أو موته هو إنهاء لحال قد طال أمدها ، ولم يعرف الأمر فيها ، فجعل للقاضى الحق فى الحكم بالوفاة عند غلبة ظن الوفاة مقيداً بقيود تجعل الوفاة احتمالا قريباً ، والحكم وحده هو الذى يجعل لهذا الاحتمال قوة تسير عليها الأحكام ، وعلى ذلك لايصح أن تسند الوفاة إلى ما قبله . أما إذا قام على الوفاة دليل يصلح لإثبات الوفاة فى زمن معلوم ، فإنه فى هذه الحال لايكون مفقوداً ، وتثبت الوفاة من الوقت الذى يبينه الدليل ، لا بالمظان والأمارات لزوال معنى الفقد

قد اتفق الفقهاء على هاتين الحقيقتين ، واعتبروا الحمل حياً إذا ولدته أمه حياً ، وثبت أنها كانت حاملا به وقت وفاة المتوفى ؛ لأن ولادته حياً دليل على سريان الحياة وقت الوفاة ، فإن ولدته ميتاً على ما هو مبين فى باب الحمل لم يعتبر حياً وقت وفاة المتوفى ؛ لأن الميراث شرطه الولادة حياً ؛ لكى يعتبر كائناً منفصلا عن أمه ، وهى حامل به فإذا ولدته ميتاً لم يتحقق شرط الميراث ، فلا ينظر فى وقت وفاة المورث إلا على أنه كان جزءاً من أمه ، ولذلك بيان عند الكلام فى ميراث الحمل .

هذا كله موضع اتفاق بين الفقهاء، وقد اختلفوا (١) فى المفقود أيعتبر حياً قبل الحكم، حتى يرث ممن يموت قبل الحكم بموته هو، أم لا يرث ممن يموت فى هذه الفترة.

(٢) واختلفوا فى الجنين إذا سقط بجناية ، أيعتبر حياً وقت وفاة المورث ، فيرث أم يسرى اعتباره جزءاً من أمه ، فلا يرث .

(٣) واختلفوا فيمن يموتون من غير أن يعلم السابق منهما ألا يتوارثون ، كما بينا فى حكم القانون ، أم يتوارثون وكيف يكون التوارث .

(٤) واختلفوا فى المرتد أيعتبر ميتاً حكما أم لا يعتبر ؛ ومن أى وقت يعتبر، وتورث أمواله .

هذه مسائل مختلف فيها ، قد بينا ما اختاره قانون الميراث فى بعضها ، ونبين أقوال الفقهاء الذين كان الاختيار من أقوالهم .

٧٨ — أما المسألة الأولى ، وهى مسألة المفقود الذى حكم بموته ، فإن الحنفية والمالكية يرون أن الموت يكون من وقت حكم القاضى ، ولكن حياته قبل ذلك لا تثبت له حقوقاً لم تكن ، فلا يرث فيمن يموت وقتها ، لأن حكم القاضى هو السبب ، فيسرى من وقته ، وحياته قبل ذلك ثابتة بمقتضى استصحاب الحال ، واستصحاب الحال يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة، ولا يصلح حجة لأثبات حقوق غير ثابتة .وقال الحنابلة والشافعية إن المفقود يرث من يموت فى حال فقده ، وقبل الحكم بموته ؛ وذلك لأن حياته قد فرضت قائمة ثابتة ، وما دامت مفروضة ، فإنه يثبت له كل الحقوق التى توجبها الحياة .

وأصل الخلاف فى هذه المسألة ، هو الخلاف فى استصحاب الحال ، فالحنفية يقصرونه على إبقاء الحقوق الثابتة،ولا يأتى بحقوق لم تكن ثابتة ، فهو يمنع انتقال ملكية المفقود إلى ورثته،ولكن لا يثبت ملكية المفقود فى مال غيره، أما الحنابلة والشافعية فيقولون : إن استصحاب الحال يثبت الحقوق كلها من غير تفرقة .

٧٩ — وأما المسألة الثانية ، وهى مسألة الجنين الذى يسقط بجناية ، فانه إن سقط حياً فقد استوفى أسباب شروط التوريث ، كما ذكرنا ؛ لأنه فى هذه الحال قد تحقق الشرط ، إذ أنه بولادته حياً يثبت أنه كان حياً فى بطن أمه ، ولا يعتبر جزءاً منها ؛ أما إذا نزل ميتاً فكان مقتضى القواعد التى أشرنا اليها ألا يرث ؛ لأن نزوله ميتاً يرجح اعتبار كونه جزءاً من أمه فلا يرث ، ولكن نزوله بجناية جعل المسألة تأخذ حكماً آخر ؛ لأن الجناية أوجبت عقوبة مالية تسمى غرة ، وهى تساوى نصف عشر الدية ، وقد اتفق الفقهاء على وجوبها ، ولكنهم اختلفوا فيمن يأخذها ؛ فرأى الحنفية أنها تكون للجنين ، وتورث عنه ، كما يورث عنه كل مال كان يملكه ، وعلى ذلك يفرض حياً مالكا ، إذ تملك عنه ؛ وعلى ذلك يكون من الواجب فرض أنه كان حياً وقت وفاة المورث تنسيقاً للأحكام ، إذ لا يصح أن يفرض له أمران متناقضان ، فيفرض أنه حى مستقل منفصل ، ولذلك يملك ويملك عنه ؛ إذ ملك الغرة ، وملكت عنه بالميراث ؛ ويفرض أنه جزء من الأم لا يملك الميراث ، وبهذا المنطق أخذ الحنفية ، فاعتبروه ، حياً من وقت الوفاة ، وتصير الأحكام على نسق واحد عندهم ، وكان ذلك هو المعمول به من قبل قانون الميراث .

والأئمة مالك والشافعى وأحمد رأوا أن الغرة تكون للجنين ، وتورث عنه ، ولكنهم قرروا أنه لا يورث عنه سواها ، ولا يرث شيئاً مطلقاً ، وبذلك قصروا الحكم على موضعه ، فجعلوا استحقاقه للملك مقصوراً على الغرة لا يتجاوزها ، ولم يعمموا القياس ، كما عمم أبو حنيفة وأصحابه .

وقال ربيعة بن عبد الرحمن ، والليث بن سعد إنه لا يملك الغرة ، وإنما تملكها

أمه ؛ إذ الجناية على جزء منها ، كالجناية على سنها أو إصبعها ، فالجريمة عليها وحدها ، والجزاء لها وحدها .

وقال ابن هرمز من شيوخ الإمام مالك رضى الله عنهما إنما يملك الغرة أبوه وأمه إن كانا على قيد الحياة ، وتكون بينهما للرجل ضعف الأم ، وإن كانت الأم وحدها هى التى على قيد الحياة فهى لها ، وقد نظر فى هذا إلى أن الولد ثمرة الأبوين ، بل إنه منسوب لأبيه ، فكانت الجريمة واقعة عليهما إن كان الأب موجوداً ، وعلى الأم وحدها ، إن كانت هى الموجودة ، وإذا كانت الجناية عليهما فالتعويض يكون لهما .

وقانون الميراث قد خالف المذهب الحنفى ؛ ولم يعتبر الجنين الساقط بجناية إذا نزل ميتاً مستحقاً للميراث ، بل اعتبر الشرط تحقق حياة الوارث وقت وفاة المورث ، ولا ميراث للحمل إلا إذا ولد حياً .

وعلى ذلك لايكون فى القانون حياة تقديرية قط ؛ إنما المذهب الحنفى هو الذى يقرر أن الحياة تكون تقديرية ، كحياة الجنين الذى أنزل من بطن أمه بجناية .

٨٠ — والمسألة الثالثة — هى مسألة الغرقى والهدمى والحرقى ، وغيرهم ممن يموتون ، ولا يعرف أيهم السابق ، وبينهم أسباب توارث ، فالحنفية يرون أن أولئك لا توارث بينهم ؛ إنما ميراثهم لغيرهم من الأحياء ، فكل واحد منهم يرثه ورثته الأحياء ، وبذلك أخذ القانون ، وهو أيضاً مذهب المالكية والشافعية .

وحجة هذا الرأى أن أساس الخلافة بالتوريث هو حياة الوارث بعد الموت فاذا تحققت تلك الحياة عند الوفاة ، فقد تحققت الخلافة فيثبت الملك بها ، وإن لم تتحقق الحياة لا تتحقق الخلافة ، فلا يثبت الملك بها ، وحيث لا دليل على سبق أحدهما بالموت ، فلا دليل على الخلافة ، وبالتالى لا دليل على التوريث ، فلا يثبت الميراث ، وعلى ذلك يكفى على مقتضى رأى هؤلاء الأئمة ألا يعلم أيهما مات أولا .

٨١ — وهناك رأيان آخران (أحدهما) رأى ابن أبى ليلى قاضى الكوفة المعاصر لأبى حنيفة ، وخلاصته أن كل واحد من الوارثين اللذين لم يعلم أيهما مات أولا

يرث من صاحبه مع ورثته على أن يرث منه فى ماله الثابت له ، ولا يضاف إليه ما استحقه من ميراث فيه هو ، ولنضرب لذلك مثلا زوجان ماتا فى غرق ، أوحريق ، أو تهدم ، ولايعلم من مات منهما أولا ، وترك الزوج ١٢٠ ف والزوجة كذلك ١٢٠ ف ، ومات الزوج عن أب وأم ، وماتت الزوجة عن أخ وأخت ، فانه فى هذه الحالة تقسم تركة كل واحد قسمتين. قسمة لما ترك كل واحد ، وقسمة أخرى للمقدار الذى استحقه فى صاحبه ، فالقسمة الأولى يدخل فيها المتوفى ، والقسمة الثانية لا يدخل فيها إلا الأحياء ، ولنطبق ذلك على المثل .

فأولا — يقسم ميراث الزوج بين أبيه وأمه وزوجه المتوفاة فيخص الأب ستون فداناً ، ويخص الأم ثلاثون ، والزوجة ثلاثون . وميراث الزوجة يقسم بين أخيها وأختها وزوجها ، فيخص الزوج النصف وهو ستون فداناً ، ويخص الأخ أربعون ، والأخت عشرون .

وثانياً — يقسم ما خص الزوج من زوجته ، وهو ستون بين أبيه وأمه . وما خص الزوجة من زوجها وهو ثلاثون بين أخيها وأختها .

وبهذا الرأى أفتى على بن أبى طالب رضى الله عنه ، وحجته أن سبب التوارث قد تحقق ، وهو القرابة الموجبة له ؛ وحياة كل واحد منهما بعد صاحبه ليست منفية بيقين ، ونفيها هو المانع من الميراث . وحيث تحقق السبب ، ولم يتحقق المانع ثبت التوارث ؛ ولكن لا يرث كل واحد فيما ورثه منه الآخر ؛ لأن وراثته من صاحبه تقتضى فرض حياته بعد موته ؛ فلو سوغنا أن يرث منه ما ورثه الآخر فيه لكان ذلك مناقضاً لفرض ميراثه منه ؛ فيفرض فى حال واحدة فرضان متناقضان ، وبيان ذلك أننا عندما نورث الزوجة من زوجها ، كما فى المثال السابق نفرض وجوده من بعد وفاته لتتحقق الخلافة ، فلو قررنا أن يرث منها ماورثته هى منه عند التقسيم الأول لتركته لكان معنى ذلك أنه يرث ماله أولا ، ولكان معنى ذلك من جهة أخرى أننا فرضنا فى حال واحدة حياتها وموتها فى وقت واحد وفرض واحد ، إذ أنها لا ترث ما لها إلا إذا كان قد انتقل إلى غيرها وهو زوجها بموتها ، فكأننا فى حال فرض حياتها لا نفرض موتها .

هذه وجهة نظر ابن أبى ليلى ، وقد ردها الحنفية بأن حياة الوارث بعد موت المورث يقينا شرط لعمل سبب الإرث ، وحيث لا يتحقق الشرط لا يعمل السبب ، فليس عدم تحقق التعاقب مانعاً من موانع الإرث كالقتل ونحوه ، بل إن تحقق التعاقب هو شرط التوارث فلا بد من وجوده يقيناً .

وثانى الرأيين المخالفين للجمهور هو رأى الحنابلة ، وهو فى جملته كرأى ابن ليلى ، ولكنهما يشترطان أن يحصل تداع بين ورثة كل من الذين ماتوا ، ولا يعلم السابق منهما ، بأن يدعى ورثة كل واحد أن مورثهم مات بعد موت الآخر ، فان تداعوا كذلك ، ولم يثبت أحد الطرفين دعواه دون الآخر (لأنه إن أثبت دعواه دون الآخر ورث مورثه من الآخر بالاتفاق) فانه فى هذه يحلف كل منهما على نفى دعوى الآخر ، وبذلك تتهاتر الدعويان ، ويكون ميراث كل منهما لورثته الأحياء ، كما هو رأى الجمهور مطلقاً .

أما إذا لم يحصل تداع فان مذهب الحنابلة يكون كمذهب ابن ليلى تماما .

٨٢ — هذا ويجب أن يعلم أن الفقهاء قد اتفقوا على أنهما إذا ماتا متعاقبين ، فانه لاتوارث بينهما .

هذا ومن الطريف أن نذكر هنا مسألة تنبه إليها الفقهاء : وهى إذا ما كان شخصان يتوارثان يقيمان فى بلدين يختلف مطلع الشمس فيهما ، لاختلافهما فى خطى الطول ، بأن كانت الشمس تشرق على بلد أحدهما قبل أن تشرق على بلد الآخر وماتا ، وذكرت الساعة والدقيقة والثانية التى مات فيها كل واحد منهما على حسب توقيت بلده وساعة بلده — فانه فى هذه الحالة يرث صاحب المطلع المتأخر ، ولذلك قال ابن عابدين : « أفتى جمع بأنه لو مات أخوان فى يوم واحد فى وقت زواله وأحدهما فى المشرق ، والآخر فى المغرب ، ورث المغربى المشرقى لتقدم موت المشرقى »[1] .

وذلك معقول وواقعى ؛ لأنه إن اتحد الموت وقت الزوال فانه فى المشرق يسبق وقت الزوال فى المغرب ، فيكون المشرقى قد مات قبل المغربى فيرثه .

١ — رسائل ابن عابدين الجزء الأول ص ٢٥٠ .

الاختلاف فى موانع الميراث

٨٣ — ذكرنا أن موانع الميراث ثلاثة ، وهى القتل ، واختلاف الدين ، واختلاف الدار ، وهذه الموانع هى التى جاء بها القانون ، وفى بعضها اختلاف بين فقهاء المذاهب الأربعة ، وبعضها هو رأى الجمهور . وهناك رأى غيره ، وبعضها قد اتفق على أنه مانع وهو القتل ، ولكن جرى بينهم الاختلاف فى حقيقة القتل المانع من التوارث ؛ وقبل أن نبين هذا الخلاف نذكر مانعاً رابعاً قد اتفق الفقهاء عليه ولم يختلفوا فيه ، وهو الرق ؛ ولكن القانون لم يذكره ؛ لأن الرق قد زال من الديار المصرية كلها ، فلم يعد ثمة حاجة إلى ذكر شىء يتعلق به إلا مابقى من آثاره ، وهو الولاء .

ومما يلاحظ أن اللجنة التى وضعت أصول قانون الميراث قد نصت على الرق باعتباره مانعا من الميراث ، أى أن الرقيق لايرث قريبه الحر إذا مات ؛ ولكن رئى عند وضع نصوص القانون النهائية قبل تقديمه لمجلسى الأمة حذفه ؛ ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه : « قدمت لجنة الأحوال الشخصية مشروع هذا القانون متضمنا النص على أن الرق مانع من موانع الإرث ، وقد رؤى حذفه ؛ لأن الرق غير موجود ، ومحظور ، بل معاقب عليه منذ أكثر من ستين عاما ، فلم تعد ثمة فائدة عملية من إيجاد مثل هذا النص بين موانع الإرث » .

٨٤ — ولنتكلم فى مواطن الخلاف فى الموانع الثلاثة الباقية ، فأما اختلاف الدين فإنه يمنع توارث المسلم من غير المسلم ، فلا يرث أحدهما الآخر مهما يكن بينهما من علاقة نسبية أو زوجية ؛ وذلك هو قول الجمهور الأعظم من فقهاء الصحابة والتابعين ، والأئمة المجتهدين ، ولكن خالف معاوية فيه برأى غريب فأجاز وراثة المسلم من غير المسلم ، ومنع وراثة غير المسلم من المسلم ، وقد أمر قضاته بأن يسيروا على ذلك ، وكان هذا عجبا ، حتى لقد قال مسروق « ما أحدث فى الإسلام أغرب من قضية قضاها معاوية وذكرها » . ويروى أنه لما كتب إلى زياد

ابن أبيه والى العراق من قبله بذلك، وأمر هذا شريحا التابعي وقاضي الكوفة — أطاع ولكنه كان إذا قضى بذلك، لم يقل إن هذا قضاء بحكم الله ورسوله، بل كان يقول «هذا قضاء أمير المؤمنين» ليحمله تبعة ذلك.

ولما ولى عادل الأمويين عمر بن عبد العزيز ألغى هذا وأمر القضاة أن يسيروا على ما عليه جماعة المسلمين من عهد الصحابة، وهو أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم سواء أكان المورث هو المسلم أم كان المورث هو الذمى؛ لتكون المعاملة بالمساواة، وعلى أساس من القسطاس المستقيم، وأما غير المسلمين فإن التوارث يجرى بينهم، ولو اختلفت دياناتهم، وهذا رأى الحنفية.

وقال بعض التابعين إن الاختلاف يمنع بين غير المسلمين التوارث، كما يمنع التوارث بين المسلمين وغيرهم، فلا يرث اليهودى النصرانى، ولا يرث النصرانى اليهـــودى.

وفى مذهب مالك أن الملل التى تتفق فى عبادة واحدة تتوارث، وإلا فلا توارث، فعباد الشمس يتوارثون فيما بينهم، وعباد النار يتوارثون فيما بينهم، ولا توارث بين عباد الشمس والنيران — وقد علمت أن المعمول به هو الأول، وهو المعقول.

٨٥ — القتل المانع من الميراث: الفقهاء من التابعين والأئمة المجتهدين [1] على أن القاتل لا يرث، لورود الأثر الصحيح بذلك، وهو قوله ﷺ «وليس للقاتل شيء» ولأن من تعجل شيئاً قبل الأوان عوقب بالحرمان؛ ولا نالو سوغنا أن يرث القاتل، والقتل فى ذاته جريمة، لكانت الجريمة سببا لثبوت المال، وذلك لم يعهد

---

(١) خالف من التابعين سعيد بن المسيب أحـــد الفقهاء السبعة بالمدينة؛ وخالف الخوارج أيضاً فلم يعتبروا القتل مانعـا من الميراث؛ وهم مردود عليهم بالحديث «ليس للقاتل شيء» وبأن عمر منع ميراث القاتل، ولم ينكر عليه أحد من الصحابة، وبالقياس الذى ذكرناه فى الأصل.

فى الشرع الإسلامى ؛ وذلك لأن الخلافة التى يثبتها الميراث سببها الموت ، والموت جاء على يد القاتل بجريمته ، فإذا ساغ ميراثه فمعنى ذلك أن الجريمة كانت سببا لنعمة الميراث .

ومع اتفاق جمهور الفقهاء على أن القاتل لا يرث ، قد اختلفوا فى حقيقة القتل المانع من الميراث .

فالشافعى رضى الله عنه اعتبر كل قتل مانعاً من الميراث ، سواء أكان القتل عمداً أم كان غير عمد ، وسواء أكان عدوانا أم غير عدوان ، بل اعتبر القتل مانعاً من الميراث ، ولو كان القاتل غير مكلف ، بأن كان مجنونا أو معتوها ؛ ولو كان القاتل قاضياً قضى بالإعدام بحق ، أو شاهداً شهد بالعدل ، فقضى بالإعدام بشهادته ؛ أو لو كان مزكيا للشهادة ، وسمعت على أساس تزكيته ، وكذلك الجلاد الذى ينفذ حكم الإعدام ، والأساس فى ذلك هو تحقق وصف القاتل ، فاذا تحقق ذلك الوصف على أى اعتبار كان تحققه، فانه يكون الحرمان من الميراث ؛ لأن مناط الحرمان هو القتل من غير قيد أو وصف ، وكل هؤلاء يوصفون به .

وأحمد رضى الله عنه اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل الذى يوجب عقوبة مالية أو غير مالية . فالقتل العمد العدوان يوجب القود ، فيوجب الحرمان من الميراث ، والقتل الخطأ والقتل بالتسبب يوجبان الدية ، فيمنعان الميراث ، ولكن القتل دفاعا عن النفس لا عقاب فيه بالمال أو القود ، فلا يمنع الميراث ، فأحمد جعل المناط فى القتل الموجب للحرمان هو تقرير الشارع العقاب عليه ، فكل ما أوجب الشارع فيه عقابا ، سواء أكان مباشراً أم كان غير مباشر منع ، وذلك لأن سبب المنع هو الاعتداء بالقتل ، وأمارة الاعتداء العقوبة ، فهى المقياس المادى لتبين عدم المشروعية الموجبة للحرمان ، ولأن المنع من الميراث عقوبة ، والعقوبة لا تكون على من أسقط عنه الشارع التكليف .

والمذهب الحنفى اعتبر القتل المانع من الميراث هو القتل المباشر بغير حق ؛ فلا بد عنده من تحقيق شرطين : المباشرة ، وأن يكون بغير حق ، فالقتل العمد ،

والقتل شبه العمد ، والقتل الخطأ [١] والجارى مجرى الخطأ ، فإنه يمنع الميراث ؛ والشرط الثانى أن يكون ذلك بغير حق فان كان بحق بأن كان قصاصاً ، أو لأنه وجده يزنى بزوجه أو أحد محارمه فانه لا يمنع الميراث ؛ وعلى ذلك يكون هناك نوعان من القتل عند أبى حنيفة لا يمنعان الميراث .

(أحدهما) القتل غير المباشرة كالقتل بالتسبب والتحريض ، أو الشهادة أو غير ذلك من أنواع القتل التى لا تكون فيها مباشرة فى الفعل من الوارث .

(وثانيهما) القتل بحق أو الذى يكون القاتل فيه ساقط التبعة كقتل الصبى والمجنون والمعتوه ؛ ومن ذلك النوع كما نوهنا آنفاً قتل الزوج زوجته ، وقتل الرجل ذات رحم محرم منه إذا وجدها تزنى ، فقد جاء فى ابن عابدين ما نصه : « وفى الحاوى للزاهدى إذا قتل الرجل امرأته أو ذات رحم من محارمه لأجل الزنى يرث منها خلافاً للشافعى يعنى مع تحقق الزنى ، أما بمجرد التهمة فلا ، كما يقع من فلاحى القرى ببلادنا فادر ذلك ، رملى » .

هذا هو المذهب الحنفى ، أما المذهب المالكى فأساسه أن القتل المانع من الميراث هو القتل العدوان المقصود من المكلف من غير عذر بأى طريق كان القتل بالمباشرة ، أو التسبب أو التحريض . أو شهادة الزور ، أو الاشتراك ، ولو كان ربيئة وقف ليضلل الناس عن مكان القتل ، إن كانت استغاثة ، فالعبرة عند

---

(١) القتل العمد هو القتل بآلة من شأنها أن تقتل ، والقتل شبه العمد هو القتل بآلة ليس من شأنها أن تقتل ؛ والقتل الخطأ قسمان : خطأ فى القصد ، وهو أن يرمى شبحاً يظنه حيواناً فيتبين أنه إنسان ، وخطأ فى الفعل ، وهو أن يرمى شيئاً فينحرف عنه ويصيب إنساناً ، والجارى مجرى الخطأ كأن يقع على شخص فيقتله وهو ملحق بالخطأ .

(٢) قد ضبط صاحب الدر المختار القتل المانع من الميراث عند الحنفية بأنه القتل الموجب للقود أو الكفارة مع الدية ، وذلك يكون فى القتل العمد ، وشبه العمد ، والقتل الخطأ ؛ والكفارة هى عتق رقبة ، فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين ، وهذه الكفارة لا تكون على الصبى والمجنون والمعتوه ؛ ولذلك لا يمنع الميراث مباشرتهما القتل .

مالك بأمرين أحدهما القصد، وثانيهما العدوان ، وعلى ذلك إذا لم يكن قصد فلا حرمان من الميراث ، كالقتل خطأ ، وكذلك إذا كان القصد ناقصاً بأن كان الشخص صغيراً أو مجنوناً أو معتوهاً ، أو فى حال غيبوبة. وكذلك إذا كان القتل غير عدوان بأن كان بحق كالقتل قصاصاً ، أو كان بعذر كالقتل عند مجاوزة حد الدفاع الشرعى، وقتل الزوج زوجته مع من زنى بها إذا كانت مفاجأة بالزنى ونحو ذلك .

٨٦ — وترى أن الأئمة الأربعة اتفقوا على أن القتل مانع من الميراث ، ولكن اختلفوا فى نوع القتل ، فعمم الشافعى ، واعتبر كل قتل مانعاً ؛ واعتبر أحمد القتل المانع هو القتل الموجب عقوبة على مكلف ، واعتبر أبو حنيفة المباشرة مع العقوبة ، واعتبر مالك قصد القتل مع العدوان والتكليف ، وبمذهب مالك أخذ القانون ، وقد جاء فى المذكرة التفسيرية فى هذا المقام ما نصه :

« خولف مذهب الحنفية ، وأخذ بمذهب مالك فيما يأتى (أ) فى القتل بالتسبب فصار القتل العمد مانعاً من الميراث ، سواء أباشر القاتل القتل أم كان شريكا فيه ، (ب) فى القتل الخطأ فلم يعتبره مانعاً .

ويدخل فى القتل المباشر من أجهز على شخص بعد أن أنفذ فيه آخر مقتلا من مقاتله ، فإنهما يمنعان من إرثه ، ويدخل فى القتل بالتسبب الآمر والدال والمحرض والمشارك والربيئة (وهو من يراقب المكان فى أثناء مباشرة القتل) وواضع السم ، وشاهد الزور [1] الذى بنى على شهادته الحكم بالإعدام .

على أن القتل العمد لا يمنع فى كل الأحوال ، والأحوال التى لا يكون القتل فيها مانعاً من الإرث هى الأحوال الآتية : ١ — القتل قصاصاً أو حداً ، ٢ — القتل فى حالة من حالات الدفاع الشرعى عن النفس أو المال ، مما هو منصوص عليه فى المواد ٢٤٥ ، ٢٤٩ ، ٢٥٠ من قانون العقوبات ، ٣ — قتل الزوج زوجته والزانى بها عند مفاجأتهما حال الزنى (مادة ٢٣٨ عقوبات ، ٤ — تجاوز حد الدفاع الشرعى (مادة ٢٩١) عقوبات .

(١) يلاحظ أنه إذا كانت الشهادة بالحق لا يمنع ذلك خلافاً للشافعى .

وقصد باشتراط كون القاتل عاقلا إخراج ما يأتى : ١ — الجنون والعاهة العقلية مادة (٦٢) ، ٢ — ارتكاب القاتل القتل وهو فى غيبوبة ناشئة عن عقاقير أيا كان نوعها إذا أخذها قهراً عنه ، أو عن غير علم بها » .

هذا ماجاء فى المذكرة التفسيرية خاصا ببيان ما اشتملت المادة الخامسة المبينة للقتل المانع من الإرث ، وترى أن المذكرة تصرح بأنها اعتبرت الأصل فيما خولف فيه المذهب الحنفى هو مذهب مالك ، وربطت ما بين القانون الخاص بالمواريث ، وأحكام القتل التى يشتمل عليها قانون العقوبات المصرى ، فكانت تشير فى كل فقرة إلى ما يقابلها فى قانون العقوبات ، وكأنها مستقاة منه .

ويلاحظ أنها اقتصرت فى القتل بعـــذر حال الزنى على زنى الزوجة إذا فاجأها مع الزانى حال وقوع الجريمة ، وهذا قبل أن يعمم مجلس الشيوخ نص المادة بحيث تشمل حال المحرم إذا قتل محرمه الزانية.وإن المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من قبل فى كل أحكام الميراث ، والذى ما زال معمولا به فيما لا نص عليه ،كان يعتبر من أحوال القتل الذى لا يؤثر فى الميراث قتل الشخص إحدى محارمه إذا تيقن أنها تزنى ، لأنه قتل بعذر .

والتفكير المستقيم يوجب ميراث القاتل فى هذه الحال ، بيد أنه قد كان نص المشروع غير شامل لذلك ، فاقترح بعض أعضاء اللجنة التشريعية بمجلس النواب عند نظر هذا القانون النص على هذه الحال ، ولكن غالبية اللجنة رفضت ذلك ؛ ثم لما عرض القانون على مجلس الشيوخ رأت لجنته التشريعية اعتبار القتل فى هذه الحال غير مانع من الإرث ، ولم يخالف فى ذلك إلا واحد من أعضائها ، فقد طلب بقاء نص المادة كما هو من غير زيادة ، ولقد صرحت اللجنة بأن المصدر الأصلى للقانون هو مذهب أبى حنيفة [1] ، وهذا يفيد أن القتل فى هذه الحال

---

(١) هذا نص ما جاء بلجنة النواب : « رأت أقلية فى اللجنة ضرورة تعميم الحكم الخاص بعدم منع الزوج من الإرث إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنى على بعض محارمها كالأب والابن والأخ ، لأنهم أقوى عذراً من الزوج وصلتهم بها وثيقة =

غير مانع من الميراث ؛ وهذا هو الحق ؛ إذ هو قتل بعذر شرعى ؛ وتخصيص العذر بحال الزوجة تخصيص بغير سبب ، وفوق ذلك إذا لم تكن المادة شاملة كما كانت ، وهذا كان غير معقول . فإن المرجع فيما لم ينص عليه إلى المذهب الحنفى .

فكانت هذه الصيغة العامة الحكيمة التى صارت عليها المادة —٥— من تعديل مجلس الشيوخ باقتراح لجنته التشريعية ، وقد وافق عليها مجلس النواب بعده فتشمل حال من يقتل إحدى محارمه إذا تيقن زناها .

= لا تنفصم ، ويلصق عارها بهم مدى الحياة ، بينما تنتهى صلة الزوجية بالطلاق ، وأضافوا إلى ذلك أن إيراد الحكم على هذا الوجه الذى يقترحونه تقتضيه الأخلاق السائدة فى الشرق عموما ، وفى بلدنا الإسلامى على وجه الخصوص ، ولكن اللجنة رأت بأغلبية الآراء الموافقة على بقاء المادة كما هى .

وهذا نص ما جاء بلجنة الشيوخ : « قد رأت اللجنة تعميم الحكم الخاص بعدم حرمان الزوج من الإرث إذا قتل زوجته عند مفاجأتها متلبسة بالزنى على قتل الأب والابن والأخ لمحارمهم عند مفاجأتهم فى حالة تلبس بالزنى مسايرة لقواعد الشريعة الإسلامية ، ولأنهم يتعيرون ، كما يتعير الزوج ، ويلتصق العار بهم مدى الحياة . . . ولأن هذا يتفق مع تقاليد الشرقيين وطباعهم . ولم يخالف فى ذلك إلا أحد أعضائها . . ويهم اللجنة أن تشير بنوع خاص إلى أن أحكام هذا المشروع مأخوذة من مذهب الإمام أبى حنيفة المعمول به فعلا أمام المحاكم الشرعية فيما عدا بعض أحكام خاصة أشير إليها فى هذا المشروع . . . . » وجاء فى تقرير آخر بعد وضع المادة فى صيغة عامة تشمل هذه الحالة وغيرها ما نصه : « هذه المادة بوضعها الأخير أوسع معنى وأكثر فائدة ، وفيها متسع لما قد يجد من الحوادث فضلا عن انسجامها مع القواعد الشرعية والقانونية . . . . » .

وبهذا ينتهى القانون فى صيغته النهائية التى صادق عليها المجلسان ، وللمادة هذا العموم الشامل .

٨٧ — اختلاف الدار : اتفق الفقهاء على أن اختلاف الدار غير مانع ميراث المسلم من المسلم ؛ لأن المسلمين كما بينا تحت ولاية إسلامية واحدة ، مهما تناءت الديار ، وتباعدت الأقطار ، إنما الحكم بأنه مانع من التوارث هو بين غير المسلمين، فالحنفية والشافعية وبعض الحنابلة اعتبروا اختلاف الدار مانعا من التوارث ، والمالكية وبعض الحنابلة لم يعتبروا اختلاف الدار مانعا ، لا بين المسلمين ولا غير المسلمين .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين منعوا التوارث بين غير المسلمين إذا اختلفت مللهم ، كما يمنع التوارث بين غير المسلمين وغيره—هم الذين قرروا أن اختلاف الدار لا يمنع التوارث بين غير المسلمين ، وكأنهم فى هذا لم يلاحظوا الاختلاف بين الناس فى النصرة إلا من ناحية الدين . وعلى ذلك يكون الحكم عندهم أنه إذا مات مسيحى تحت ولاية المسلمين ، وله وارث تحت ولاية غير المسلمين — ورثه ؛ لأن النصرة بينهما كاملة إذا اتحد دينهما . فمالك الذى روى عنه أنه اعتبر اتحاد الملة أو قربها شرطاً فى توارث غير المسلمين هو الذى روى عنه أيضاً أن اختلاف الدار لا يمنع بينهم ، كما لا يمنع بين المسلمين ، وكذلك بعض الحنابلة . أما الحنفية والشافعية الذين اعتبروا غير المسلمين ملة واحدة جعلوا اختلاف الدار مانعاً .

٨٨ — ولنفصل بعض التفصيل مقالة الذين قالوا إن اختلاف الدار يمنع التوارث بين غير المسلمين ،ولنتكلم أولا فى معنى الدار : المراد باختلافها اختلاف الحوزة والسلطان ، بحيث اختلفت الحوزة والسلطان والمنعة والملك ، بأن صار لكل جماعة عسكر وولاية وملك ينفصل بها عن الجماعة الأخرى ، فحينئذ تختلف الدار ، كما يعبر فقهاء المسلمين ، أو تختلف الدولة ، أو تختلف الجنسية أو الرعوية كما يعبر فى القوانين الحديثة ، فلو مات مسيحى من رعايا مصر ، فانه لا يرثه قريبه الذى يكون من رعايا فرنسا ؛ لاختلاف الدار ، أو الرعوية على حد تعبير قوانينا.

ويجب أن يلاحظ عند اختلاف الدار الأمور الآتية :

أولها — أن الدول الإسلامية مهما تختلف حكوماتها ، وتتباين نزعات ملوكها

دار واحدة ، ولو تقاتلوا فيما بينهم ، فقد نص على أن أهل العدل والبغى دولة إسلامية واحدة ، ويجرى التوارث بينهم ، فلو مات ذمى تحت سلطان أهل العدل، ورثه قريبه الذمى الذى يكون تحت سلطان أهل البغى ، وكذلك لو مات ذمى من رعايا مصر ورثه الذمى الآخر الذى يكون من رعايا سوريا أو العراق أو تركيا ، وهكذا ؛ لأن الدار واحـــدة ، وإن اختلفت الحوزة والسيطرة ، ما دامت الكثرة فى كل دولة من هذه الدول من المسلمين .

ثانيها — أن المسلمين يتوارثون مهما اختلفت دولهم فالمسلم الإنجليزى يرث المسلم المصرى ، والمسلم الروسى يرث المسلم التركى ؛ لأن المسلم ولايته للإسلام ، مهما تختلف الديار ، ومهما تختلف الدولة أو الجنسية .

ثالثها — أن الاعتبار باختلاف الدار يشمل الاختلاف الحقيق والاختلاف الحكمى ؛ فإذا مات قبطى لا يرثه قريبه المسيحى إذا كان انجليزيا أو فرنسياً ؛ لاختلاف الدار الحقيق ،ما دام يقيم فى فرنسا أو انجلترا ؛ وكذلك إذا كان مسيحى مصرى قد مات وله قريب غير مصرى لا يتجنس بالجنسية المصرية، بل هو فرنسى أو انجليزى ، ولكنه مقيم فى مصر ، فإنه لا يرثه لاختلاف الدار حكما . وإن اتحدت الإقامة ، وذلك لأن الفقهاء نصوا على أن الذمى لا يرث المستأمن ، والمستأمن لا يرث الذمى ؛ مع أن إقامتهما فى ديار المسلمين ؛ لأن الذمى ولايته الدولة الإسلامية ؛ إذ له ما للمسلمين ، وعليه ما عليهم ، والمستأمن قد اتفق على الإقامة فى بلاد المسلمين مدة مع انتمائه لدولته ثم يعود إليها .

وفى هذا الجزء الأخير خلاف الشافعى رضى الله عنه ، فإنه قد قرر أن الذمى والمستأمن يتوارثان ؛ لاتحاد الإقامة ،وإن اختلفت الجنسية أو الرعوية،أو الولاية فهو قد اعتبر المانع — الاختلاف فى الإقامة ، لا الاختلاف فى الولاية .

٨٩ — وقد جاء القانون فيما يتعلق بالمسلمين والدول الإسلامية مطابقا للمذهب الحنفى ، إذ قرر أنه لا اعتبار لاختلاف الدار بين المسلمين ، أما بالنسبة لغير المسلمين ، فقد ذكر حالين يختلف حكمهما :

(الحالة الأولى) إذا كان الأجنبي الذى مات له قريب مصرى غير مسلم لا تمنع دولته من توريث الأجنبي عنها ، وفى هذه الحال يعتبر اختلاف الدار غير مانع من التوارث ، وقد استق حكم هذه الحال من المذهب المالكى والحنبلى .

(الحال الثانية) إذا كان الأجنبى غير المسلم تمنع دولته غير الإسلامية أى التى لا يكون كثرتها من المسلمين الأجنبى عنهـا من الميراث ، فى هذه الحال يكون اختلاف الدار مانعاً ، وقد استق حكم هذه الحال من المذهب الحنفى الذى كان يعتبر اختلاف الدار مانعاً فى كل الأحوال .

ويظهر أن المعتبر فى اختلاف الدار فى هذه الحال هو الاختلاف الحكمى ، وهو اختلاف الرعوية أو الجنسية ، لا بجرد الاختلاف فى الإقامة ؛ فإن اتحاد الإقامة لا عبرة به ، ما دامت الرعوية مختلفة .

هذا ويجب التنبيه إلى أن القانون لم يأت بجديد فيما يتعلق بالمسلمين ؛ فالدولة الإسلامية مهما يكن حالها من حيث توريث الأجنبى عنها أو عدم توريثه ؛ يجرى التوارث بين غير المسلمين المنتمين إليها ، وغير المسلمين المنتمين للدولة المصرية ؛ لأن ذلك هو المقرر فى المذهب الحنفى ، ولم يجيء القانون بما يلغيه ، وفوق ذلك فإن القانون قد ضيق من نطاق المنع باختلاف الدار ، ولم يوسع ، ولو قلنا بأن التوارث لا يجرى بين غير المسلمين المنتمين لدول إسلامية لكان ذلك توسعاً فى حكم المنع باختلاف الدار بما لم يجيء به فقه ؛ وعلى ذلك يكون المسيحى الإيرانى وارثاً من المسيحى المصرى ، إذا قام بينهما سبب الإرث ، والمسيحى التركى يرث المسيحى المصرى إن قام سبب الإرث ، مهما يكن حكم الدولة الإيرانية أو التركية بالنسبة لميراث الأجنبى منها .

ميراث المرتد

٩٠ — بينا فى الكلام السابق موانع الميراث واختلاف الفقهاء فيها ، وهناك حال تعد من الموانع ، وهى حال المرتد ؛ فإن المرتد لا يرث من غيره عند جمهور الفقهاء ؛ وذلك لأنه فى حكم الميت لاستحقاقه الموت ، إذ أن حكم الإسلام فيه أنه يستتاب ، فإن لم يتب قتل ، وإن كان امرأة حبست ، وعلى ذلك لا يرث المرتد أو المرتدة المسلم ، لاختلاف الدين ؛ إذ قد هجر دينه ، ولا يرث قريبه الذى يتفق معه فى دينه الجديد ، أو يخالفه ؛ إذ لا يقر المرتد على ردته كما بينا ، فيقتل أو يحبس على حسب اختلاف حاله ذكورة أو أنوثة ؛ وفى توريثه من قريبه غير المسلم تقرير لحاله التى لا يقر عليها بمقتضى حكم الإسلام .

وأما ماله ، فقد اختلف الفقهاء فى شأنه .

١ — فأبو حنيفة قرر أنه إذا مات أو لحق بدار الحرب وحكم القاضى بلحاقه يكون ماله الذى اكتسبه قبل الردة لورثته المسلمين ، وأما ماله الذى اكتسبه بعد الردة ، وقبل موته أو لحاقه فإن كان أنثى فكذلك يكون لورثتها ، وإن كان ذكراً فإنه يكون لبيت المال ؛ وحجة ذلك الرأى أنه إن مات أو لحق بدار الحرب ، وحكم بلحاقه فان موته يستند إلى وقت ردته إن كان ذكراً ، ويستند إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق إن كان أنثى ، وذلك لأن الذكر يستحق الموت ؛ ويخير بين التوبة والقتل ، فيعتبر فى حكم الميت من وقت ردته ، فما كسبه قبلها يكون ميراثاً ، وما كسبه بعدها يكون لبيت المال على أنه مال لا مالك له ؛ إذ ورثته إنما يخلفونه فى ماله من وقت ردته ؛ ولا ورثة له من بعد ذلك . أما إذا كانت أنثى فلأنها لا تقتل بالردة بل تحبس ولا تعتبر ميتة من وقت الردة ، بل يعتبر موتها من وقت الموت الحقيقى ، أو من وقت الحكم باللحاق بدار الحرب ، وعلى ذلك ورثتها يخلفونها فى مالها من ذلك الوقت ، فيكون لورثتها مالها قبل الردة ، وما اكتسبته قبل الحكم باللحاق أو الموت .

وعلى مقتضى هذا المذهب يكون ورثة المرتد الذكر فيما يظهر — هم ورثته

الذين كانوا وقت الردة ، أما الذين كانوا بعد ذلك فلا يرثون ، لأنهم لم يكونوا ورثة وقت استحقاق الميراث ؛ وكذلك إذا كان له ورثة وقت الردة ، وكانوا قد ماتوا عند الحكم باللحاق ، أو الموت ؛ فإن نصيبهم يئول لورثتهم هذا ما كان يقتضيه ذلك المذهب مادام سبب الميراث أو الخلافة يستند إلى وقت الردة لا إلى وقت الموت ، أو الحكم باللحاق بدار الحرب ، وهذه إحدى الروايات ، وعليها عول الكرخي ، ولكن روى الحسن بن زياد اللؤلؤي رواية أخرى وهي أن ورثة المرتد هم ورثته التي تثبت لهم صفة الاستحقاق من وقت الردة إلى حين الموت أو إلى حين الحكم باللحاق إلى دار الحرب ؛ فإذا كان له وارث ومات قبل ذلك لا يستحق ورثته شيئاً عنه ؛ وإذا عرض الإستحقاق بعد الردة لا يكون لهم ميراث ؛ وذلك لعدم ثبوت الاستحقاق من وقت الردة ، وأساس هذه الرواية ، وهي معقولة أن المال يكون موقوفاً من وقت الردة إلى وقت الموت أو الحكم باللحاق ، فإن تاب ثبت ملكه ، وإن لم يتب وأصر انتقل للورثة . فيجب أن تستمر صفة الاستحقاق طول مدة وقف المال ، ليتقرر الإرث .

ولقد روى كذلك محمدبن الحسن أن ورثة المرتدعندأبي حنيفة هم ورثته يوم الموت أو الحكم باللحاق ، وقال صاحب المبسوط إن هذه الرواية أصح الروايات الثلاث ؛ وعلتها أن الردة لا تنعقد سبباً إلا إذا أصر عليها بأن مات مرتداً ، أو حكم بلحاقه بدار الحرب ، بدليل أنه إن تاب قبل ذلك بقي له ماله ، وعلى ذلك فإن سبب الإرث لايعتبر مجرد حدوث الردة ، بل هذا مضافاً إليه الإصرار عليها وعلى ذلك لايعتبر ورثته وقت حدوث الردة ؛ لأن ذلك جزء السبب ، بل لا يعتبر الورثة إلا بعد وجود السبب كله ، وهو موته مصراً عليها أو الحكم بلحاقه بدار الحرب .

هذا رأى أبي حنيفة ، وقال الصاحبان إن مال المرتد قبل الردة وما كسبه بين حدوثها وموته أو الحكم بلحاقه كله يكون ميراثاً لورثته وقت الموت ، أو الحكم باللحاق ، وذلك لأن ملكيته لم تزل عن ماله بالردة ، إذ هو مكلف تام التكليف ، له ذمة مالية قائمة ثابتة ؛ وحكمه حكم المحكوم عليه بالإعدام حداً أو قصاصاً ،

لا تزول ملكيته عن ماله ، وتصح تصرفاته فيها كلها وبعضها ، فيكون ماله وكسبه له ، وينتقل إلى ورثته إذا مات فعلا . أو مات حكماً بالحكم بلحقاقه بدار الحرب [١] ، فليس للردة أثر فى زوال ملكه ، وإنما أثرها فى إباحة دمه ذكراً ، وحبسها إن كانت أنثى .

ويلاحظ أنه فى كلا الرأيين يكون من ورثته امرأته إذا كانت لازالت فى العدة ، ولم تنته عدتها .

وقد اتفق فى المذهب على أن ما يكسبه بعد اللحاق يكون فيئاً للمسلمين لزوال عصمته بذلك .

٩٠ — هذا مذهب الحنفية وأما مذهب الأئمة الثلاثة ، فقد روى عن الشافعى مثل قول الصاحبين ، ومثل قول أبى حنيفة ، وروى عن مالك وأحمد مثل ذلك ، وروى عن الشافعى مثل قول الصاحبين .

ولكن الصحيح عن الشافعى ومالك وأحمد أن مال المرتد كله يكون فيئاً للمسلمين يوضع فى بيت المال ؛ فلا يرث عن أحد شيئاً ، ولا يورث عنه شيء ؛ لأنه بردته صار حرباً على المسلمين ، فيكون حكم ماله حكم مال الحربى على سواء ، ومال الحربى غنيمة للمسلمين .

هذه أقوال الأئمة الأربعة أو الصحيح فى النسبة إليهم ، وقد روى عن الإمام أحمد ، رأى غريب فى هذا ، وهو أن مال المرتد يكون لورثته من أهل دينه الذى اختار الانتقال إليه ، إن كان منهم من تربطه به صلة قرابة أو زوجية ؛ فإن لم يكن فان ماله يكون لبيت المال ، ككل مال لا مالك له ، أى أنه يكون فى قسم مال الضوائع من أقسام بيت المال .

---

(١) ولقد حكى الكرخى خلافاً بين الصاحبين فى وقت الإرث أهو وقت الحكم باللحاق ، أم هو وقت اللحاق ، فروى عن محمد أن العبرة بالوارث وقت اللحاق ، لأن السبب الموجب للميراث هو اللحاق ، لأنه به تزول العصمة ؛ ويتم الإصرار على الردة ، وأبو يوسف اعتبر يوم الحكم ؛ لأن الردة عارض قابل للزوال ، فلا بد من حكم يبعد احتمال زواله .

٩١ — هذا ويجب ملاحظة أمرين :

(أحدهما) أن المرتد إذا لحق بدار الحرب ، وحكم بلحاقه صار فى حكم الأموات ، فتحل ديونه المؤجلة على مذهب أبى حنيفة ، وتقضى الديون التى لزمته فى حال الإسلام مما اكتسبه قبل الردة ، وما لزمه من ديون فى حال ردته يقضى من كسب الردة ، وهذا عند أبى حنيفه ، ووجهه أن المستحق بالسببين مختلف ، وما دامت الردة وحدها سبب الوراثة ، فالديون قد تعلقت بالأموال التى كانت عند حدوثها ، وما لزمه من ديون بعد ذلك تعلق بما اكتسب بعدها .

هذا عند أبى حنيفة على أشهر الروايات عنه ، وأما عند الصاحبين فان الديون كلها ، ما لزمه قبل الردة وبعدها يتعلق بالمال كله ، ما كسب منه قبل الردة وما كسب بعدها ؛ لأن تعلق الدين بالمال إنما يكون بعد اللحاق والحكم به ، فكل الديون سواء فى تعلقها بالمال .

(ثانيهما) أنه إذا عاد المرتد إلى بلاد الإسلام مسلماً بعد الحكم بلحاقه بدار الحرب ، فان مايجده من أمواله قائماً يبقى على ملكه ، وما هلك أو استهلك لا يضمن ؛ لأن من استهلكه قد استولى عليه بحكم قضائى محترم ؛ فليس معتدياً ، وإذا انتفى الاعتداء فلا ضمان ؛ ومثله فى ذلك مثل المفقود إذا حكم بموته ، ثم ظهر حياً ، فما وجده من ماله قائماً أخذه ، وما وجده هالكا أو مستهلكا لايضمنه الورثة ؛ ومثل المستهلك ماتصرف فيه الوارث تصرفا شرعياً أخرجه به عن ملكه ، فانه لايعود .

٩٢ — هذا هو حكم المرتد لايرث ؛ ويورث عنه ماله فى الحدود التى ذكرناها ، وبالشروط التى بيناها ، وقانون الميراث فى صيغته النهائية لم يتعرض لحكم المرتد لا سلباً ، ولا إيجاباً ، وإذا كان كذلك ، فانه يرجع فيه إلى مذهب أبى حنيفة ، وهو أنه لايرث من غيره ، وذلك متفق عليه عند جمهور الفقهاء ؛ ويورث عنه ماله الذى اكتسبه قبل الردة ، وما اكتسبه بعدها يكون لبيت المال ، كما هو رأى أبى حنيفة خلافا للصاحبين ، إذ لم يذكر الفقهاء ترجيحاً لأحد الرأيين ، فكان الراجح

مادام لانص على الترجيح هو رأى أبى حنيفة ، كما هو مقرر فى المذهب الحنفى والترجيح فيه .

ولكن قانون الميراث وهو مشروع قد نص فيه على أن المرتد لايرث ، وأن ماله يكون للخزانة العامة من غير تفرقة بين ما اكتسبه قبل الردة وما اكتسبه بعدها ، ومن غير تفرقة بين الذكر والأنثى ، ولجنة الشئون التشريعية بمجلس النواب هى التى حذفت ذلك النص ، وقالت فى ذلك .

« اعترض بعض أعضاء اللجنة على الفقرة الخاصة بإرث المرتد ، وتمسكوا بمخالفتها للمادة — ١٢ — من الدستور التى تكفل حرية الاعتقاد للجميع ، وقالوا إنه إذا كانت الضرورة اقتضت مخالفة النص الصريح الوارد بالقرآن (١) ، والذى يقضى بقتل المرتد ؛ لمخالفته لنص الدستور الصريح ، فإن الضرورة أيضا تقتضى مخالفة الأحكام الشرعية الخاصة بإرث المرتد ، لأنها وردت مشبعة بتلك الروح الدينية التى ظهر أنها تخالف الدستور ، ومما هو جدير بالملاحظة أن تلك الأحكام وضعت باجتهاد الفقهاء ؛ وبالتالى ليس لها من القوة مالنص القرآن الكريم . . . وقد عنيت وزارة العدل بهذا الاعتراض ، وأوضحت على لسان أحد حضرات مندوبيها أن عدم إرث المرتد من غيره متفق عليه شرعا ؛ ولا يصح أن يكون محل مناقشة ، أما إرث غيره منه . فسيوضح عند نظر قانون الأحوال الشخصية » .

وترى من هذا أنه قد حذف النص مع بقاء العمل بالراجح من المذهب الحنفى إلى أن يوضع خلافه .

(١) الصواب الوارد بالحديث ، وهو قوله ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » .

١ — أصحاب الفروض

٩٣م — ذكرنا أنه يبدأ بعد سداد الديون وتنفيذ الوصايا بأصحاب الفروض من الورثة ، وهم اثنا عشر : الزوجان ، والأب ، والأم ، والبنات ، وبنات الابن، والجد الصحيح ، والجدة الصحيحة ، والأخوات الشقيقات ، والأخوات لأب ؛ والإخوة لأم والأخوات لأم ، وبعض هؤلاء لايحجب حجب حرمان [١] قط ، وهم الزوجان ، الأب ، والأم ، والبنت ، والآخرون يجوز أن يحجبو حجب حرمان ؛ ولنبتدىء بعون الله تعالى ببيان حال كل فريق من هؤلاء ، وما يستحقه والسند الشرعي لبيان فرضه ؛ وشروط استحقاقه ، وأحوال حجبه حجب حرمان أو حجب نقصان .

ميراث الزوجين

٩٤ م — نصيب الزوجين نص عليه القرآن بقوله تعالى : « ولكم نصف ما ترك أزواجكم إن لم يكن لهن ولد ، فإن كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن من بعد وصية يوصين بها أو دين ، ولهن الربع مما تركتم إن لم يكن لكم ولد ، فإن كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم من بعد وصية توصون بها أو دين » .

---

(١) تجرى على ألسنة الفقهاء كلمات ثلاث : هى حرمان ، وحجب حرمان ، وحجب نقصان ، ولكل كلمة معنى إصلاحى خاص،فالحرمان أن يكون ثمة مانع من موانع الأرث كالقتل ، واختلاف الدين . ويسمى الشخص محروما ، والمحروم لا يؤثر فى نصيب غيره عند الحنفية فإذا كان للزوجة المتوفاه ابن غير مسلم أو قاتل لا يؤثر فى نصيب الزوج، فلا ينقله من النصف إلى الربع ، وكذلك الزوجة ، وحجب الحرمان ألا يستحق الوارث شيئا لوجود من هو أولى منه ، كالأخ لأب مع الأخ الشقيق ، وهو يؤثر فى نصيب غيره . وحجب النقصان أن ينتقل النصيب من فرض إلى فرض ، كأن ينقل الفرع الوارث نصيب الزوج من النصف إلى الربع .

فدلت هذه الآية الكريمة على أن الزوج يأخذ نصف ما تتركه زوجته ، إن لم يكن لها ولد ، فإن كان لها ولد استحق الربع فقط ، والزوجة تأخذ الربع إذا لم يكن لزوجها المتوفى ولد ، فإن كان له ولد استحقت الثمن .

وتنفرد الواحدة بالربع أو الثمن ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، فيشترك فيه الزوجتان ، والثلاث ، والأربع .

والولد هو من ينتسب إلى المتوفى ذكراً كان أو أنثى ؛ والذين ينتسبون إلى المتوفى من فروعه هم أولاده الصلبيون المباشرون ذكوراً كانوا أو إناثاً ؛ وفروع أبنائه ، أما فروع بناته فإنهم لاينتسبون إليه ، بل ينتسبون إلى غيره ؛ ولذلك قيل :

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا بنوهن أبناء الرجال الأباعد

ولذلك قال الفقهاء إن الفرع الذى ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع ، والزوجة من الربع إلى الثمن ، هو الفرع الوارث ، ويقصدون به صاحب الفرض أو العصبة ، أما إذا كان من ذوى الأرحام فلا ينقل .

والفرع الوارث الذى يؤثر ذلك التأثير يشترط ألا يقوم به مانع من موانع الإرث ؛ فإن قام به مانع من موانع الإرث لايؤثر فى نصيب أحد الزوجين ، فلا ينقل نصيب الزوج من النصف إلى الربع ، ولا نصيب الزوجة من الربع إلى الثمن ؛ لأن المحروم بسبب وجود مانع من موانع الإرث يكون فى حكم المعدوم ، فلا يكون له وجود شرعى يؤثر فى نصيب غيره ، فاذا كان للزوجة المسلمة ابن غير مسلم ، أو كان هو الذى قتلها فانه يعتبر كأنه معدوم ، وكأنه ليس ثمة فرع مطلقاً (١) .

---

(١) جاء فى أحكام القرآن لأبى بكر الرازى ما نصه :

« اختلف السلف فى الحجب ممن لايرث ، وهو أن يخلف الحر المسلم أبوين حرين مسلمين ، وأخوين كافرين أو مملوكين أو قاتلين ، فقال على وعمر وزيد للأم الثلث ومابقى فللأب ، وكذلك المسلمة إذا تركت زوجا ، وابنا كافرا ، أو مملوكا ، أو قاتلا ، =

وكذلك الشأن فى كل ذى فرض يؤثر فى نصيبه الفرع ، فإنه يشترط أن يكون ذلك الفرع لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وألا يكون محروماً بأن لا يقوم به مانع من موانع الإرث .

٩٥ — وميراث الزوجين سببه الزوجية كما قررنا ؛ ولذلك يجب أن تكون قائمة عند الوفاة حقيقة أو حكما ؛ وقيامها حقيقة بأن يكون المتوفى منهما عند الموت زوجاً ، وتكون قائمة حكما إذا كانت معتدة من طلاق رجعى وقت وفاتها أو وفاته ؛ أو يكون الشارع قد اعتبر المتوفى فاراً من الميراث وكانت العدة قائمة ، وعلى ذلك تكون ، شروط الميراث بالزوجية اثنين .

(أحدهما) أن تكون الزوجية صحيحة ، فإن كان العقد فاسداً ، فلا توارث ، وإذا استمرت العشرة بمقتضاه إلى الوفاة ، فمن عقد على امرأة ثم تبين أنها أخته من الرضاع ، فلا توارث بينهما ، وإن لم يعلم ذلك إلا بعد الدخول ، بل إن لم يعلم ذلك إلا بعد الوفاة ؛ لأن العقد الفاسد لا يرتب عليه الشارع أى أثر من الآثار فى ذاته ؛ لأنه لا يعترف بوجوده ، ولا يرتب عليه أى حكم من الأحكام الشرعية التى تكون أثراً للعقد الصحيح ؛ وإن اعترف الشارع ببعض الأحكام التى تكون بسبب الدخول فى العقد الفاسد أحياناً ؛ فالسبب الموجب لهذه الأحكام هو الدخول مع وجود الشبهة القوية المانعة لإقامة الحد ؛ ولذلك يثبت المهر والعدة والنسب لمن يكون ثمرة هذا الدخول ، وفى حال ثبوت نسبه من العاقد المتوفى يرث ، وإن كانت أمه لا ترث .

ولا فرق فى ذلك بين العلم بالسبب الموجب للفساد قبل الوفاة وبعدها ؛ لأنه

= أو الرجل ترك امرأة ، وابنا كذلك لا يحجبون الزوج ولا المرأة عن نصيبهما الأكثر إلى الأقل ، وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد ومالك والثورى والشافعى ، وقال عبدالله بن مسعود يحجبون ، وإن لم يرثوا ، وقال الأوزاعى والحسن بن صالح المملوك والكافر لا يرثان ولا يحجبان والقاتل لا يرث ويحجب . وقال أبو بكر لا خلاف فى أن الأب الكافر لا يحجب ابنه من ميراث جده ، وأنه بمنزلة الميت ، فكذلك حكم حجب الأم والزوج والزوجة

إن علم السبب الموجب لذلك — تبين أن الفساد لحق العقد من وقت وجوده ، فلا يرتب عليه الشارع أى حكم من الأحكام ؛ إلا ما يوجبه الدخول بشبهة قوية فى بعض العقود الفاسدة .

واعتبار العقد الفاسد غير مسوغ للميراث بسبب الزوجية يكون بين المسلمين أيا كان سبب الفساد عند الحنفية ، أى سواء أكان الفساد لتخلف شرط من شروط صحة العقد اللازمة للإنشاء فقط ، أم التى تكون لازمة للإنشاء والبقاء كالمحرمية ؛ وسواء أكان سبب الفساد متفقاً عليه أم كان مختلفاً فيه ، ما دام قد تقرر فى المذهب أن العقد فاسد .

هذا مذهب الحنفية ، وهو مذهب الشافعى وأحمد ، وقال مالك إن سبب الفساد إن كان متفقاً عليه بين الأئمة كتزوج خامسة وفى عصمته أربع ، أو تزوج المحرمة رضاعا جاهلا بسبب التحريم فإنه لا توارث بين الزوجين سواء أمات أحدهما قبل المتاركة والفسخ أم مات بعد المتاركة والفسخ .

وإن كان السبب الموجب للفساد غير متفق عليه كعدم الولى فى زواج البالغة العاقلة فان العقد إن عقد من غير وجوده يكون فاسداً عند الأئمة الثلاثة ، ويكون صحيحاً عند أبى حنيفة ورواية عن أبى يوسف ؛ ففى هذه الحال وأشباهها إن كانت الوفاة بعد الفسخ فلا توارث لعدم قيام السبب الموجب للميراث ، إذ انتهت الزوجية ؛ وإن كانت الوفاة قبل الفسخ ؛ فان الزوجية قائمة على رأى من يرى صحة الزواج ، فيكون الميراث لذلك ثابتاً ؛ وكأن مالكاً يرى أن الزوجية المختلف فيها نفيها موضع شك ، لأن ما يخالف فيه بعض الأئمة ، إنما يكون مبنياً على دليل ؛ ورأيه خطأ يحتمل الصواب ، ولا تنفى الزوجية مع هذا الاحتمال فيكون سبب الميراث قد قام .

٩٦ — هذا وقبل أن نترك الكلام فى العقد الفاسد وبطلان التوارث بسببه نقرر أن ذلك إنما هو فى توارث المسلمين ، أما غير المسلمين ، فقد قسم الفقهاء الفساد قسمين يختلف أحدهما عن الآخر لاختلاف السبب ، والقسم الأول الفساد

بسبب تخلف شرط هو شرط للأنشاء والبقاء ، كأن تكون الزوجة محرمة على الزوج على سبيل التأبيد ، وهذا لا يقران عليه مطلقا إذا أسلما ؛ والقسم الثانى أن يكون الفساد بسبب تخلف شرط هو شرط للإنشاء ، وليس بشرط للبقاء كشهادة الشهود ، فإنه شرط للإنشاء ، وليس بشرط للبقاء ، ولذلك يقران على زواجهما إذا أسلما وقد كان عقدهما من غير شهود .

ولقد قال فقهاء الحنفية إنه إذا كان فساد عقد زواج غير المسلمين لا يقران عليه إذا أسلما فإنه لا يثبت به التوارث ؛ فإن ترافعوا إلينا لا نقضى بالميراث ؛ لأن القضاء يتضمن الحكم بصحة الزوجية حال النزاع ، وهى حال النزاع لا تصلح للحكم بصحتها ؛ وإن كانا يقران على الزواج إن أسلما ؛ لأن الفساد بسبب تخلف شرط للأنشاء ، لا للبقاء فإن ترافعوا إلينا فإنا نحكم بإجراء التوارث ؛ لأن العقد وقت التحاكم لا يوجد ما يمنع استمراره وبقاءه . .

هذا هو حكم التوارث بين الزوجين غير المسلمين إذا كان العقد صحيحا عندهم وفاسداً فى نظر المسلمين ، وذلك الحكم هو المشهور فى المذهب الحنفى ؛ حتى لقد قال صاحب المبسوط : إنه مجمع عليه بين الفقهاء فى المذهب ، أى أنه لا رأى سواه

ولكن ذكر ابن عابدين فى رد المختار قولا ثانيا ، وهو أن يجرى التوارث بين غير المسلمين ما دام العقد صحيحاً عندهم من غير تفرقة بين عقد صحيح ، وغير صحيح عندنا ، ومن غير نظر إلى كون الفساد يقران عليه إذا أسلما ، أو لا يقران؛ وذلك لأن العبرة فى قيام الزوجية النظر إلى ديانتهما ؛ فما دام الزواج جائزا عندهم فالتوارث يجوز بناء عليه ، لأن التوارث ثمرة من ثمراته ؛ وهم يدينون فيما بينهم بما يعتقدون ؛ لا بما نعتقد .

وحجة القول الأول ، أن التوريث بالزواج سببه الزوجية ؛ وهى الزوجية الصحيحة فى نظر المسلمين ، فلا بد أن يحكم الإسلام وقت إجراء الإرث بأن العقد يصلح للحكم عليه بالصحة فى الجملة ، ما دام التوريث على أساس النظام الإسلامى .

وقد ذكر ابن عابدين أن هذا القول هو الصحيح ، وعندى أن المسألة لها

أصل فى الخلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى ؛ وذلك لأن أئمة المذهب الحنفى حكموا بأن العقد الفاسد عندهم لتخلف شرط الإنشاء فقط لا نبطله إن تحاكموا إلينا فى شأن الزواج أو أسلموا ، أما إن كان قد تخلف شرط للبقاء فنبطله إن احتكموا إلينا (لنحكم بشريعتنا) أو أسلموا ، لكن إن لم يتحاكموا فى الزواج بل تحاكموا فى آثاره فهل نحكم بها قال الصاحبان لا نحكم ؛ لأن العقد فى ذاته فاسدا لا يقبل الصحة فلا نحكم بآثاره ، وقال أبو حنيفة إنهم إن تحاكموا فى النفقة أو نحوها حكمنا بالنفقة ويظهر أن كل آثار النكاح كالنفقة ؛ وذلك لأن العقد ماداما يدينان به فهو معتبر وصحيح فى ذاته عندهم ؛ ولكنهم إن تحاكموا إلينا فى شأنه حكمنا بشريعتنا لا بشريعتهم لقوله تعالى «وإن حكمت فاحكم بينهم بما أنزل الله» فنبطل العقد متى كان موضوع النزاع هو الزواج نفسه ، أما إن تحاكموا فى آثاره ، فإننا نسايرهم على اعتقاد مادام موضع النزاع هو الأثر لا العقد نفسه ، ولأن ذلك ناشىء عن تركهم ومايدينون .

وعلى ذلك نقول أن ما نقله ابن عابدين من أن التوارث يجرى بينهم فى كل عقد فاسد عندنا ما دام صحيحا عندهم هو أشبه بقول أبى حنيفة رحمه الله ؛ والقول الآخر أشبه بقول الصاحبين ، وإنه بعد جعل قانون الميراث قانونا عاما يجرى التوارث بمقتضاه بين كل المقيمين بمصر ، يكون القول الأخير هو الأوفق ، ويجب أن يجرى العمل على مقتضاه ، فلا ينظر القاضى فى صحة الزواج عندنا ما دام صحيحا عندهم ، وإنما يجرى التوارث من غير نظر وراء ذلك .

٩٧ — وثانى الشرطين قيام الزوجية عند الوفاة ، وقيامها بأن تكون الوفاة وهما زوجان أو تكون عدة من طلاق رجعى ، فإذا توفى الزوج وهى مطلقة طلاقا رجعيا ، ولم تكن العدة قد انتهت ورثت منه ، وكذلك إذا توفيت هى فى العدة ، وذلك لأن الطلاق الرجعى لا يزيل ملك النكاح فلا يمنع التوارث .

أما إذا كان الطلاق بائنا فإنه لا توارث ولو كانت الوفاة فى حال العدة إلا إذا كان من تولى سبب الفرقة قد اعتبر فاراً من الميراث .

ويعتبر فاراً إذا كانت الفرقة من قبل من مات ، وهو مريض مرض الموت

بغير رضا الطرف الآخر ؛ وعلى ذلك إذا طلق المريض مرض الموت امرأته ؛ وكان طائعاً مختاراً فى طلاقها، وكان الطلاق بغير رضاها ، وكانت مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة ، فإنه يعتبر فاراً من الميراث بهذا الطلاق البائن فى مرض الموت ؛ فلو كان مكرها بالطلاق على فرض أن طلاق المكره يقع (على ما هو مذهب الحنفية ، وهو خلاف المعمول به) فإنها لا ترث ، وكذلك إذا كان الطلاق بطلبها ، وثبت الطلب ؛ أو كان الطلاق على مال ، فإنه لا يعتبر فاراً ؛ لأن طلبها أزال مظنة الفرار ، وإن كانت غير مستحقة للميراث وقت الطلاق وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً أيضاً ، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ، ثم أسلمت بعد الطلاق ، فإنها لا تكون مستحقة للميراث ؛ وإنما زالت مظنة الفرار فى هـــذه الحال ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه لاختلاف الدين ، فلا يتصور فاراً من أمر غير متوقع ؛ ثم لا بد من استمرار الصلاحية للميراث إلى وقت الوفاة ؛ فلو كانت مسلمة عند الطلاق ثم ارتدت ، ثم عادت إلى الاسلام لا يعتبر الزوج فاراً ؛ لأنها بارتدادها أسقطت حقها فى الميراث ، والساقط لا يعود .

وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار ؛ وماتت وهى فى العدة ، فهى ترثه ، وهذا هو رأى الحنفية وهو أوسط الآراء وعليه يسير العمل .

٩٨ — وقد خالف فى ذلك الأئمة الثلاثة ، ولكل رأى منفرد ، فالشافعى رضى الله عنه قال إنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً فى الصحة ؛ لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى سبب التوارث بين الزوجين فلا سبب للتوارث ولو مات وهى فى العدة ، فلا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر قد زال بعمل من يملك إزالته ، فلا عبرة بنيته .

وحجة الحنفية فعل الصحابة ، وأن الزوجية وهى سبب الميراث قد أزالها بقصد إبطال حقها فى الميراث فيرد عليه قصده ما بقيت العدة ؛ لبقاء آثار الزوجية

فجعلت آثار الزوجية قائمة مقامها حتى لو انتهت العدة تكون الزوجية وآثارها قد زالت ، فلا يكون ثمة سبب شرعى .

وقال أحمد بن حنبل إن المطلقة بائناً فى مرض المطلق الذى قصد بطلاقه الفرار من الميراث يكون لها الحق فى الإرث ؛ ولو انتهت العدة ؛ فلو مات بعد انتهائها ترثه إلا إذا كانت قد تزوجت قبل موته وذلك ليرد عليه قصده ، فترث مالم يوجد مانع يقطع فرض الزوجية بينه وبينها قطعاً تاماً ؛ وذلك بأن تتزوج من غيره قبل موته ؛ لأنها بتزوجها من غيره لا يمكن تصور قيام الزوجية الأولى التى ترث بها، إذ لا يتصور أن تكون لها زوجية من اثنين، وعلى ذلك الرأى ابن أبى ليلى من فقهاء العراق.

وقال مالك إن حقها فى الإرث لا ينقطع ، ولو تزوجت قبل موته ؛ لأن القصد الآثم مردود على صاحبه إذا قامت القرائن المثبتة له ، وقد قصد حرمانها من الميراث ، فيرد عليه قصده ، بثبوت حقها من غير زوال كما لو لم يطلقها (١) .

ومثل الطلاق كل فرقة تكون من قبل المريض ، ويموت بعدها ، وهى فى العدة ؛ كاللعان والارتداد ، والتفريق بخيار الإفاقة .

والفرقة التى تكون من قبل المرأة وهى مريضة مرض الموت ؛ يثبت معها الميراث إن ماتت وهى فى العدة ؛ وفعلت ما أوجب الفرقة طائعة مختارة بغير رضا زوجها ، كأن ارتدت أو اختارت نفسها بخيار الإفاقة أو فعلت مختارة بأحد أصوله أو فروعه ما أوجب حرمة المصاهرة ؛ فإنها تعتبر فارة من الميراث ، ويستحق زوجها الميراث إن ماتت وهى فى العدة ؛ لأنها قصدت الحرمان من الميراث بفعلها ، فيرد عليها قصدها .

---

(١) بينت الميراث بالزوجية المادة الحادية عشرة؛وهذا نصها : « للزوج فرض النصف عند عدم الولد وولد الابن وإن نزل،والربع مع الولد وولد الابن وإن نزل ، وللزوجة ولو مطلقة رجعيا إذا مات زوجها ، وهى فى العدة أو الزوجات فرض الربع عند عدم الولد أو ولد الابن وإن نزل ، والثمن مع الولد او ولد الابن وإن نزل ، وتعتبر المطلقة بائنا فى مرض الموت فى حكم الزوجة إذا لم ترض بالطلاق ومات المطلق فى ذلك المرض ، وهى فى العدة .

ميراث أولاد الأم

٩٩ م — أولاد الأم هم الإخوة لأم والأخوات لأم ؛ ويستحقون فى الميراث بالفرض ، وفرض الواحد سواء أكان ذكراً ، أم كان أنثى — السدس — وفرض الأكثر من واحد ذكورا كانو أو إناثا ، أو مختلطين الثلث مهما يكن عددهم ، والذكر والأنثى فيه سواء فتكون حصة الأنثى مساوية لحصة الذكر ؛ فإذا كان للمتوفى أخ لأم وأخت لأم ، فهما سواء فى الثلث يقتسمانه بينهما نصفين ، وإن كانوا ثلاثة إحداهن أنثى قسموه بينهم ثلاثا ، وهكذا .

وشروط استحقاق أولاد الأم (١) ألا يكون فرع وارث من أصحاب الفروض أو العصبات ، وهو ولد المتوفى ، وولد ابنه ، أو ابن ابنه ... الخ . (٢) وألا يكون هناك أصل مذكر وارث ، بألا يكون هناك أب ولا جد صحيح ، وإن علا .

وعلى ذلك يحجب الإخوة لأم والأخوات لأم ـ الأب والجد الصحيح ، والفروع الذين لاتتوسط بينهم وبين الميت أنثى ؛ فلا يرثون مع هؤلاء شيئا قط ، ويحجبونهم حجب حرمان ؛ وذلك لأن القرآن الكريم سمى ميراثهم ميراث كلالة ؛ والكلالة هى القرابة التى لا تكون من عمود النسب ، فشرط ميراثهم ألا يكون أحد من عمود النسب .

١٠٠ — والأصل فى ميراث أولاد الأم قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أُخت فلكل واحد منهما السدس ، وإن كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء فى الثلث من بعد وصية يوصى بها أو دين ، غير مضار وصية من الله والله عليم حليم » .

والمفسرون على أن الكلالة المذكورة فى القرآن هو الميت الذى ليس له والد ولا ولد ، وإن ذلك هو التفسير المأثور عن النبى ﷺ ، فقد روى عنه عليه السلام أنه قال لرجل سأله عن الكلالة : « من مات وليس له والد ، ولا ولد ، فورثته

كلالة ، وترى من هذا أن الرسول صلوات الله وسلامه عليه فسر الكلالة بحال الميراث التى يكون فيها الوارث غير الوالد والولد .

ولكن كلمة الكلالة ذكرت فى موضعين فى القرآن الكريم ، فى هذا الموضع وفى موضع آخر ، فى آخر سورة النساء فى قوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة » وقد اتفق الصحابة على أن الأخوات والأخوة المذكورين فى الآية الأولى أولاد الأم ؛ كما اتفقوا على أن المراد بالأخ والأخت المذكورين فى آخر السورة الأشقاء أو لأب .

ثم إن كلمة الوالد فى هذا المقام تشمل كل أصل مذكر لاتتوسط بينه وبين الميت أنثى ، وكلمة ولد تشمل كل من ينتسب إلى الميت من غير أن تدخل فى نسبته إليه أنثى على مابينا .

ثم إن التعبير بكلمة : « فهم شركاء فى الثلث » فى الآية الكريمة يدل على التسوية بين الذكر والأنثى : لأن الشركة إذا أطلقت كانت على التساوى ، فهى فى ذاتها تدل على التساوى المطلق .

١٠١ م — هذا ويلاحظ أن الأخوات والأخوة الأشقاء يرثون بوصف كونهم إخوة أو أخوات لأم ، إذا كانوا لايرثون بوصف كونهم أشقاء ، بأن كان ميراثهم على ذلك الوصف على أنهم يأخذون الباقى بالتعصيب ، ولا يكون فى المسألة باق ، بينما يكون أولاد الأم قد أخذوا الثلث ، فإنهم فى هذه الحال يأخذون معهم بوصف كونهم أولاد أم ؛ لأنهم أولاد أب وأم . وبهذا الوصف يكونون عصبة ؛ فاذا لم يعطهم ذلك شيئاً أخذوا باعتبارهم أولاد أم فقط ؛ وتسمى المسألة التى تكون على هذه الحال المسألة المشتركة وسنبينها فى موضعها إن شاء الله تعالى [١] .

(١) بينت حكم أولاد الأم المادة — ١٠ — وهذا نصها : « لأولاد الأم فرض السدس للواحد ، والثلث للاثنين فأكثر ، ذكورهم وإناثهم فى القسمة سواء ، وفى الحالة الثانية إذا استغرقت الفروض التركة يشارك أولاد الأم الأخ الشقيق أو الأخوة الأشقاء بالانفراد أو مع أخت شقيقة أو أكثر ، ويقسم الثلث بينهم جميعاً على الوجه المتقدم .

ميراث البنات

١٠٢ م — جمعت أحكام ميراث البنات الصلبيات أى بنات المتوفى مباشرة هذه الكلمات الكريمات . « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » فإن كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » .

فهذه الكلمات الكريمة تدل على أن أحوال البنات الصلبيات ثلاث :

أولاها — أن يكون معهن ابن صلبي أو أبناء ، وفى هذه الحال يكون الجميع عصبة للذكر مثل حظ الأنثيين ، أى يأخذن مع الأبناء الباقى بعد أصحاب الفروض على أن يكون للذكر ضعف ما للأنثى ، وهذا ما ذكر أولا فى الآية الكريمة .

وثانيها — أن يكون نساء فوق إثنتين أو إثنتين فقط ، وفى هذه الحال يكون لهن ثلثا التركة على ألا يكون معهن ذكر يعصبهن ؛ وإلا كانت الحالة الأولى ؛ والآية صريحة فى أن ما فوق الثنتين يأخذن الثلثين ؛ أما الثنتان فاستحقاقهما الثلثين يفهم ضمنا من حكم الأخوات الشقيقات فى قوله تعالى : « فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك » فاذا كانت الأختان إذا لم يكن من يعصبهن تأخذان الثلثين ، وقرابتهن بالمتوفى دون قرابة البنتين يكون البنتان بالأولى مستحقتين الثلثين ، فالقرآن الكريم قد حذف فى آية البنات حكم حالة الثنتين منهن ، لأنه يفهم من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز المحكم ، وسر الإعجاز .

وثالثها — أنها تأخذ النصف إذا كانت بنتاً واحدة ، وهذا صريح الآية الكريمة ، فقد ذكر فى آخرها حكم هذه الحال [1] .

(١) قد بينت احوال البنات وبنات الابن المادة — ١٢ — وهى تبين حال الفرض دون التعصيب . وتركت حال التعصيب للماده ١٩ ، وهذا نص المادة — ١٢ « مع مراعاة حكم المادة — ١٩ — ا — للواحدة من البنات النصف وللاثنتين فأكثر الثلثان — ب — ولبنات الابن الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود بنت او بنت ابن أعلى منهن درجة ، ولهن واحدة أو اكثر السدس مع البنت أو بنت الابن الأعلى درجة » .

ويلاحظ أن البنات الصلبيات كالزوجين لايحجبن حجب حرمان قط ، فاذا استوفين شروط الميراث ، وانتفت موانعه فلا بد أن يأخذن شيئاً قل أو كثر .

١٠٣ — قد رأيت فى الحال الثانية للبنات الصلبيات أنهن يأخذن الثلثين ، إن كن نساء فوق اثنتين ، كما هو صريح الآية الكريمة ، وإذا كانت اثنتان فقط قلنا إنهما تأخذان الثلثين أيضاً استنباطاً من آية الأخوات الشقيقات ، وهذا رأى جمهور الفقهاء ، وهو مأخوذ من القرآن ، والحديث، والقياس، ومن فتاوى جمهور الصحابة ، ولكن روى أن ابن عباس رضى الله عنهما قال إن الاثنتين من البنات لاتأخذان الثلثين ، بل تأخذان النصف فقط ، واحتج بأن الآية قد نصت على حكم الأكثر من اثنتين ، وعلى الواحدة ، فأعطت مافوق الثنتين الثلثين ، وأعطت الواحدة النصف ، فاذا أعطيت الثنتين الثلثين فقد خالفت الآية ، ولم يبق إلا أن تعطيا الأدنى .

وحجة الجمهور (١) ما ذكرنا من أن آية الأخوات قد ذكرت أن الثنتين تأخذان الثلثين ، وبدلالة النص يثبت ذلك للبنين ، لأنهما أقرب للمتوفى ، وأحق بالوراثة ، وليس من المعقول أن تأخذ الأختان الثلثين ، وتأخذ البنتان النصف .

(ب) أن الله سبحانه وتعالى جعل نصيب الابن ضعف نصيب البنت ، فلو كان له ابن وبنت يكون الثلثان للابن ، والثلث للبنت ، وإن هذا يتضمن أن البنتين لهما الثلثان ، إن لم يكن سواهما ، لأنه جعل نصيب الابن كابنتين ، وقد استحق الثلثين عند اجتماعه مع إحداهما فتستحقانه معاً ، لقيامهما مقامه .

(ح) ولأن البنت مع الابن تأخذ الثلث ، ويأخذ هو الثلثين باعتبار هذا نصيب اثنتين فلا يمكن أن يقل نصيبهما عن ذلك إذا وجدت بنتان ، ولو جعلنا نصيبهما النصف لقل عن ذلك ، وهذا غير معقول .

(ء) روى جابر أنه جاءت امرأة من الأنصار إلى رسول الله ﷺ بنتين لها ، فقالت يارسول الله هاتان بنتا ثابت بن قيس قتل معك يوم أحد ، ولم يدع لهما عمهما مالا إلا أخذه ، فما ترى يارسول الله ، فوالله لا تنكحان أبداً

إلا ولها مال ، فقال رسول الله ﷺ يقضى الله فى ذلك ، فنزلت من سورة النساء « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين » الآية ، فقال ﷺ . ادعوا لى المرأة وصاحبها » فقال لعمهما أعطهما الثلثين ، وأعط أمهما الثمن » .

فدل هذا الحديث بصريحه على أن الأثنتين من البنات نصيبهما الثلثان ، وعلى أن ذلك قد تضمنه القرآن الكريم ، وليس وراء ذلك مجال للاستنباط .

ولقد ذكر بعض العلماء أنه قد انعقد الإجماع على ذلك من بعد عصر الصحابة ، فلا مجال للمخالفة[1] وفى الواقع إن رواية خلاف ابن عباس فى هذا موضع نظر ، فانا لانحسب أن خبر هذه الأمة تخفى عليه مثل هذه القضية ، ولقد روى الجصاص هذه الرواية وجعلها موضع نظر ، فقد قال : « لم يخالف فى ذلك أحد إلا شيئاً روى عن ابن عباس أنه جعل للبنتين النصف ، كنصيب الواحدة » .

ميراث بنات الابن

١٠٤ م — اتفق العلماء على أن أولاد الابن يطلق عليهم اسم أولاد ، ولكنه يكون إطلاقا مجازياً لا إطلاقا حقيقياً ؛ ولا يصار إلى المجاز ما أمكن إطلاق اللفظ على حقيقته ؛ ولذلك قرر العلماء أن بنات الابن ، وإن نزل أبوهن يأخذن حكم البنات ، إن لم يكن ثمة أولاد صلبيون للمتوفى ؛ لأنه فى هذه الحال يحمل نص الشارع الكريم على الأولاد المجازيين ، إذ لم يمكن حمله على الأولاد الحقيقيين ، ومثل ذلك مثل الواقف إذا قال وقفت على أولادى ، ولم يكن له أولاد صلبيون ، وله أولاد ابن ، فيحمل اللفظ على أولاد الابن ؛ إذ لم يمكن إطلاق اللفظ على معناه الحقيق ، فيطلق على المعنى المجازى .

ولذلك اتفق الصحابة على إعطاء بنات الابن ، فى الأحوال الثلاث السابقة التى ذكرناها للبنات الصلبيات، إذا لم يكن للميت أولاد صلبيون قط ذكوراً كانوا

---

(١) قد ذكر هذا الخلاف وتلك الأدلة ابو بكر الرازى فى احكام القرآن جـ ٢ ص ٨١ ، ٨٢ ، ٨٣ .

أو إناثا ، أى لم يكن للميت بنت ولا ابن ، واتفق الفقهاء من بعدهم على ذلك .

وعلى ذلك تكون لبنت الابن عند عدم وجود أولاد للميت مطلقا الأحوال السابقة مع حالين أخريين ، والأحوال كلها هى .

(ا) النصف إذا انفردت ، بشرط ألا تكون بنت صلبية ولا ولد صلبي ، كما ذكرنا ، أيا كانت درجة بنت الابن ، أى سواء أكانت قربى ، أم كانت بعدى أى سواء أكان أبوها ابنا أو ابن ابن قريبا أو بعيداً بشرط ألا تكون هناك طبقة أعلى منها ، كبنت ابن ابن ، مع ابن ابن ، فإنها لا ترث لأنه أعلى منها ، فكان بالنسبة لها كالابن الصلبي .

(ب) أن تكون هناك اثنتان فأكثر ، فيكون لهما الثلثان ، بشرط ألا يكون هناك أولاد صلبيون .

وسواء أكان أبوهن قريباً أم كان بعيداً ، بشرط ألا يكون هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن كان هناك أولاد ابن أعلى منهن ، فإن حكمهن يكون كحكم بنت الابن القريبة إذا كان هناك أولاد صلبيون ؛ لأن منزلة أولاد الابن الاقربين من غيرهم ، كمنزلة الأولاد الصلبين من غيرهم ، فإذا كان هناك بنتا ابن ابن ، وبنتا ابن ، كان الحكم كما لو كان هناك بنتان وبنتا ابن ؛ لأن النسبة بين بنتى الابن ، وبنتى ابن الابن كالنسبة بين البنتين ، وبنتى الابن ، فيثبت حكم هذه الحال لما يشبهها بمقتضى القياس الفقهى ، الذى يوجب تماثل الأحكام عند تماثل الأحوال .

(ح) إذا كانت هناك بنت صلبية ، وبنت ابن أو بنات ابن ، قرب أبوهن أو بعد ، فإنه فى هذه الحال يكون للبنت الصلبية فرضها ، وهو النصف ، ويكون لبنات الابن السدس تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ؛ وشرط هذه الحال ألا يكون هناك ابن ابن فى طبقات بنات الابن ؛ لأنه إن كان يكون نصيبهن معه ، للذكر مثل حظ الانثيين كما سنبين فى الحال الآتية .

وكان نصيب بنت الابن السدس مع البنت الصلبية المستحقة للنصف ، لدليل من الأثر ، ودليل من القياس ، أما الأثر فهو ما روى أن عبدالله بن مسعود ، قال فى مسألة

ميراث كان فيها بنت ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة : « أقضى بقضاء رسول الله ﷺ لابنته النصف ، ولابنة الابن السدس تكملة الثلثين ، وما بقى فللأخت من الأب والأم » فدل هذا الأثر على أن بنات الابن يأخذن السدس ، تنفرد به الواحدة ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، وإذا كانت هناك بنت صلبية أخذت النصف ، وقد نسب ابن مسعود ذلك إلى رسول الله ﷺ ، وقال إنه قضاء رسول الله عليه السلام .

وأما الدليل من القياس ، فهو أن الشارع قد أعطى البنات الثلثين ، كما هو نص الآية الكريمة : « فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك » وليس فى مثل هذه المسألة إلا بنت واحدة صلبية ، فتستحق النصف المنصوص عليه ، ولكن البنات لم يستغرقن ما خصص لهن فى حال اجتماع النساء فاعتبرت بنت الابن كبنت ، لأجل استيفاء الثلثين ، وأخذت السدس ليستغرقن الثلثين ، ولذلك يقال هذا السدس تكملة للثلثين .

ويجب التنبيه هنا إلى أن بنت الابن البعيد بالنسبة لبنت الابن القريب ، كبنت الابن مع البنت ، أى أن بنت الابن القريب تأخذ النصف ، وبنات الابن البعيد يأخذن السدس تنفرد به الواحدة ، وتشترك فيه الأكثر من واحدة ، كما بينا من أن النسبة بينهما من حيث القرب إلى الميت واحدة ، فيكون الحكم واحداً .

(ى) تكون بنت الابن عصبة إذا كان هناك ابن ابن فى طبقتها يعصبها ، فاذا كان مع بنت الابن — ابن ابن فى درجة واحدة ، سواء أكان أخاها أم ابن عمها ، فانه يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، كالشأن بالنسبة للبنات ، إذ ينطبق عليهم قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ، فان كن نساء فوق اثنتين ، فلهن ثلثا ما ترك ، وإن كانت واحدة فلها النصف » وكان انطباق هذه الآية لأنهم أولاد مجازيون ، فيعطون حكم الأولاد الحقيقين ، كما بينا فى صدر الكلام .

ويقول الفقهاء إن ابن الابن يعصب بنت الابن التى تكون فى درجته ، سواء

احتاجت إليه ، أم لم تحتج إليه ، ومعنى عدم احتياجها إليه أنها كانت ترث لو لم يوجد معها كأن يكون هناك بنت ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنه فى هذه الصورة لو لم يكن معها ابن ابن لكانت تأخذ السدس تكملة للثلثين ، فيقال إنها ما كانت محتاجة إليه فى الميراث ، ولكنه يعصبها مع ذلك ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين ؛ ومعنى احتياجها أنهاما كانت ترث لولا وجوده ، كأن يكون فى المسألة بنتان ، وبنت ابن ، وابن ابن ، فإنها فى هذه الحال ما كانت تأخذ شيئاً إذا لم يكن معها ، لأن البنات قد استغرقن الثلثين ، فلم يبق لها منهما شىء ؛ فلما وجد معها ابن ابن كانت عصبة به للذكر مثل حظ الانثيين .

هذا حكم ما إذا كان ابن الابن متحد الدرجة مع بنت الابن ، وإذا كان مختلف الدرجة ، فإن كان هو أعلى منها فانه يحجبها حجب حرمان ، ولا يعصبها كما بينا ، وإن كانت هى أعلى منه ، بأن كانت أقرب إلى الميت منه ، فان كانت لا ترث إلا بالتعصيب أى أنه لو لم يعصبها لا ترث ، فانه يعصبها فى هذه الحال ، كأن يكون فى المسألة بنتان وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فانها تكون عصبة به للذكر مثل حظ الانثيين ، لأنها محتاجة إليه ، وإن كانت ترث من غير حاجة إلى التعصيب ، كأن تكون المسألة بنتاً ، وبنت ابن ، وابن ابن ابن ، فانها لا تكون عصبة به ، بل يكون لها السدس تكملة للثلثين ، ويكون هو عصبة يأخذ الباقى (١) .

وقد توجد حال يعصب ابن الابن من هى فى درجته ، ومن هو أعلى منه ، كأن تكون المسألة هكذا : بنتان ، وبنت ابن ، وبنت ابن ابن ، وابن ابن ابن ؛ فانه

---

(١) ترى من هذا أن جمهور الفقهاء جعلوا بنت الابن مع ابن الابن ، كالبنات مع الابن فى حال ما إذا كن معه فى درجة واحدة ، وإن تفاوتت الدرجات حكموا بأنهن ينتفعن من ابن الابن إذا كان دونهن فى الدرجة ، وجعلوهن بمنزلة من يكن فى درجته إن احتجن إليه ، وعلى هذا الرأى عامة الصحابة والتابعين ، ولكن روى عن ابن مسعود أنه قال «إذا كان بنات ابن وابن ابن فى درجتها من غير أن يكون أولاد صلبيون لا ذكوراً ولا إناثاً تكن عصبة به للذكر مثل حظ الانثيين ، وإن كانت هناك بنات صلبيات ، فإن كانت واحدة ، وكان مع بنت الابن ، ابن ابن تأخذ أبخس القدرين السدس أو التعصيب ، فإذا =

يعصب العليا ، لأنها احتاجت إليه ، ويعصب من هى فى درجته ، لأنهما يجتمعان فى درجة واحدة ، فيكون الثلاثة عصبة للذكر مثل حظ الأنثيين (١) .

(ﻫ) الحال الأخيرة هى حجب بنات الابن ، فيحجبن حجب حرمان بوجود الابن ، وكذلك بوجود ابن ابن أعلى منهن ، فإذا كان للمتوفى بنت وابن وبنات ابن لايأخذن شيئاً لوجود الابن ، وكذلك إذا كان للميت ابن ابن ، وبنت ابن ابن ، فإنها لاتأخذ شيئا لوجود ابن ابن أعلى منها ، وذلك لأن شرط ميراث أولاد الابن ألا يكون هناك أولاد صلبيون ؛ لأنهم يرثون بوصف كونهم أولاداً مجازاً ، ولا يتحقق ذلك المجاز ما أمكنت الحقيقة ، فلا يستحقون عند وجود الابن شيئاً ، وأخذت بنت الابن مع البنت لعدم استغراق البنت كل التركة ، أما إذا كان هناك ابن ذكر ، فإنه مع أصحاب الفروض يستغرق كل التركة فلا يبقى شىء من بعده .

وابن الابن بالنسبة لمن دونه فى الدرجة كبنت ابن ابن ـ بمنزلة الابن ، فيحجبها بالقياس على الابن (٢) .

ـــــــــــــــ

= كانت بنات الابن اثنتين ، مع ابن ابن واحد أخذتا السدس ، لأنه أبخس القدرين ، إذ بالتعصيب يأخذن الربع ، وإن كانت البنات الصلبيات أكثر من واحدة واستحققن الثلثين حجبن بنات الابن حجب حرمان فلايعصبهن ابن ابن ولوكان فى درجتهن ، وذلك لأن بنات الابن لو انفردن مع البنتين ما أخذن شيئاً ، لأنهن محجوبات ، وابن الابن لايزيل ذلك الحجب ولو كان فى درجتهن ، ولأن النساء اللاءى يصرن عصبة بالغير يكن أصحاب فروض من غير وجود الذكر الذى يعصبهن ، وما كن كذلك قبل وجوده . ولأن التعصيب الغرض منه ألا تزيد الأنثى عن الذكر ، فجعل لتستمر النسبة لا لتستفيد الأنثى ، فكان من اللازم ألا يأخذن أكثر من السدس قط عند أخذهن السدس وإلا يأخذن شيئا إن كانت بنتان .

(١) تعصيب ابن الابن الأدنى لمن أعلى منه من بنات الابن هو قول المتقدمين من فقهاء الحنفية ، وقال بعض المتأخرين لا يعصب الأسفل العليا قياساً على البنت مع ابن ابن ، فإنه لا يعصبها قط ، فكذلك بنت الابن مع ابن ابن الابن .

(٢) هذا المسلك ، وهو أن الابن يحجب كل أولاد الابن والبنت لا تحجبهن ، بل يأخذن معها إما السدس وإما الباقى للذكر مثل حظ الانثيين هو مسلك الجمهور . أما الشيعة الإمامية فان البنت عندهم تحجب أولاد الابن ، لأنها من الطبقة الأولى ، وأولاد الابن من الثانية ولا يأخذ أحد من الطبقة الثانية ما بقى واحد من الأولى وعلى ذلك تأخذ عندهم البنت النصف فرضاً ، والباقى رداً ، ولا شىء لمن يليها .

هذا ويلاحظ أن الابن أو ابن الابن إذا كان به مانع من موانع الإرث لا يحجب بنت الابن ، ولا يحجب غيره حجب حرمان ، ولا حجب نقصان ؛ لأن الممنوع ويسمى المحروم يعد فى الحكم المعدوم عنه جمهور الفقهاء ، فلا يؤثر فى نصيب غيره بالحجب ، لاحجب حرمان ولا حجب نقصان على ماهو مقرر .

ميراث الأخوات الشقيقات

١٠٥ م — يسمى الأخوة الأشقاء والأخوات أولاد الأعيان لقوة قرابتهم من الميت ؛ لأنهم يشتركون معه فى الأب والأم ، فكأنهم من ذاته وعينه ، وتتكلم هنا عن أحوال الأخوات ، ونذكر ما يتصل بها من أحوال الإخوة .

وأحوال الأخوات الشقيقات خمس على ما يذكره الفرضيون .

أولاها — أن تأخذ الواحدة منهم النصف ، وذلك إذا انفردت ، ولم يكن ثمة من يحجبها ، وثبت ذلك الفرض بالنص القرآنى ، وهو قوله تعالى : « يستفتونك فى النساء قل الله يفتيكم فى الكلالة ، إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ماترك ، وهو يرثها إن لم يكن له ولد ، فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين» فالفقرة الأولى من الآية الكريمة تدل على حكم هذه الحال وهى النصف ، وقد اتفق العلماء على أن الكلالة هنا تشمل الأشقاء ولأب ، ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ؛ لأن قوله تعالى : « وإن كان رجل يورث كلالة أو امرأة ، وله أخ أو أخت » الخ . خاصة بأولاد الأم كما فسر الصحابة عن النبى ﷺ .

الحالة الثانية — أن الأكثر من واحدة يأخذن الثلثين ، كما ورد فى الآية الكريمة ؛ بيد أن الآية قد تعرضت لحكم الاثنتين ، ولم تبين الأكثر من اثنتين ونقول إنه قد فهم من الآية التى تبين نصيب الأولاد ، وهى قوله تعالى : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كن نساء فوق اثنتين ، فلهن ثلثا ماترك » لأنه إذا كانت البنات الثلاث فأكثر وقرابتهن بالمتوفى أكثر من الأخوات لا يأخذن إلا الثلثين ، فبالأولى الأخوات الشقيقات لا يأخذن قط أكثر من الثلثين

ومن هذا يتبين أن آية الأخوات حذف منها مايفهم ضمنا من آية البنات ، وآية البنات حذف منها مايفهم من آية الأخوات ، وهذا هو الإيجاز الوافى .

الحال الثالثة — أن يكون مع الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات، أخ شقيق ، فيكون لهن معه الباقى ، للذكر مثل حظ الانثيين ، أى أنهن يصرن عصبة به ، وهذا هو ما جاءت به الفقرة الثانية من الآية الكريمة التى تلوناها .

الحال الرابعة — أن تكون الأخت الشقيقة أو الأخوات الشقيقات عصبة مع الغير ، وذلك يكون إذا كان ثمة أخت شقيقة أو أخوات شقيقات ؛ وليس معهن أخ شقيق ، وكان الميت قد ترك فرعا وارثا مؤنثا ، فإن الفرع الوارث يأخذ فرضه ، والأخت الشقيقة ، أو الأخوات الشقيقات يأخذن الباقى على أنهن عصبة ، فإذا كان المتوفى قد ترك بنتا ، وبنت ابن ، وأختا شقيقة ، فإن البنت تأخذ النصف وبنت الابن تأخذ السدس على ما قدمنا ، والأخت الشقيقة تأخذ الباقى ، وإن كان مكانها أخوات شقيقات اشتركن فيه ، وهذا ما أفتى به عبد الله ابن مسعود ، وقال إنه قضاء رسول الله (١) ﷺ .

(١) خالف مذهب ابن مسعود الذى اختاره الأئمة الأربعة وجمهور الفقهاء — الشيعة الإمامية ، والظاهرية ، فأما الإمامية ، فلأنهم يعتبرون البنت كالابن ، ولا يرث الأخوة مادام هناك فروع الميت ، وذلك بناء على قاعدتهم التى ذكرناها آنفا ، من أن البنت كالابن على سواء وأن الفروع مقدمون على الحواشى .

وأما الظاهرية فقد أخذوا بفتوى عبد الله ابن عباس التى تقول إن الأخت شقيقة أو لأب لاتكون عصبة بانفرادها قط ، لأن شرط ميراث الأخوات المنفردات ألا يكون ولد ، لقوله تعالى : « قل الله يفتيكم فى الكلالة إن أمرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ما ترك ، وهو يرثها إن لم يكن لها ولد » ، فاستحقاقها إنما يكون إن لم يكن ولد لامذكر ولا مؤنث ، ولقد جاء فى المبسوط عن أبى مسلمة بن عبد الرحمن قال : « سألت ابن عباس رضى الله عنه عن فريضة ابنة ، وأخت ، فقال للابنة النصف ، ولا شىء للأخت ، فقلت قد كان عمر رضى الله عنه يقول للابنة النصف وللأخت ما بقى ، فغضب وقال انتم اعلم أم الله ، قال الله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت » وترى من هذا أن ابن عباس يفسر الولد بما يشمل الذكر والأنثى ، والجمهور يفسرونه بالابن لما رواه ابن مسعود ، ومثله رواه معاذ ، وبمثله كان يقضى عمر من غير نكير من أحد

وفى هذه الحال تعتبر الأخت الشقيقة كأنها أخ شقيق من كل الوجوه، فتشترك مع الجد فى التعصيب على ما سنبين فى أحوال الجد، وتحجب الأخ لأب، كما لو كان هناك أخ شقيق، وكذلك تحجب الأخت لأب، وابن الأخ الشقيق، وهكذا سائر العصبات من بعد.

الحال الخامسة — من أحوال الشقيقات أن يحجبن حجب حرمان، ويحجبهن الأب، والفرع المذكر بالاتفاق. أما الأب فلأنهن يدلين به، ومن المقرر فقها أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث؛ ولم يستثن من هذه القاعدة إلا أولاد الأم؛ لأنهم يرثون مع وجود الأم، مع أنهم يدلون إلى الميت عن طريقها، وكان الاستثناء لعموم نص الآية، ولإجماع فقهاء المسلمين على ذلك بعد إجماع الصحابة رضوان الله تعالى عليهم، وتكرر قضاء عمر رضى الله عنه بذلك من غير نكير من أحد.

وأما حجب الفرع المذكر للأخوات الشقيقات والإخوة، فلأن القرآن الكريم فى النص الذى أثبت ميراثهم، قيده بألا يكون له ولد، وفسروه بكونه مقصوراً على الفرع من الذكور المنسوب للمتوفى؛ وبأن يكون الميراث فى حال الكلالة، وذلك إذا لم يكن فرع وارث ولا أب.

واختلف العلماء فى حجب الجد للأخوة الأشقاء، والأخوات الشقيقات فقال أبو حنيفة إنه يحجبهم؛ لأن شرط ميراث الإخوة أن يكون ميراث كلالة، والكلالة من ليس أصل مذكر ولا فرع؛ ولأن الجد أب عند عدم وجود الأب، ولأن قضاء كثير من الصحابة على ذلك، وكان العمل قبل قانون المواريث على ذلك الرأى.

وقال الصاحبان مع جمهور للفقهاء إن الجد لا يحجب الشقيقات والأشقاء، ولا الاخوة لأب؛ لأنه لايدخل فى الكلالة، ولأن الأكثرين من الصحابة كانوا يورثون الأشقاء ولأب معه، وسنبين ذلك الموضوع كاملا عند الكلام فى ميراث الجد، كما سنبين عند ذلك ما عليه العمل.

١٠٦ م — وهناك حالان لاترث فيهما الأخت بمقتضى الأحكام السابقة مع أنه لاحجب ، أى لايوجد أب ولا فرع مذكر ، وهاتان الحال هما :

١ — إذا كانت عصبة بالغير أو مع الغير الفرع الوارث ، واستغرقت الفروض التركة كلها ، ولم يبق للعصبة شيء ، لأخذ الفرع الوارث الثلثين مع فرائض أخرى واستغراق التركة كلها ، وذلك كأن يترك المتوفى زوجاوبنتين ، وأما وأختاً شقيقة، فإن البنتين تأخذان الثلثين ، والزوج يأخذ الربع ، والأم تأخذ السدس،فتكون المسألة عائلة [١] ، ولا يبقى شيءللعصبة ، فلاتستحق شيئاً ، ولو كان معها أخ شقيق يعصبها .

والثانية — ألا يكون هناك فروع وارث ، ولكنها عصبة بأخيها أو إخوتها ، واستغرقت الفروض التركة ، مثالها أن يكون أخ شقيق ، وأخت شقيقة ، وأخوان لأم ، وأم ، وزوج ، فإنه فى هذه الحال يكون للزوج النصف ، وللأم السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، ولا يبقى شيء للأخت الشقيقةوأخيها ، لاستغراق الفروض للتركة كلها .

وفى المذهب الحنفى لاتأخذالأخت ولاأخوها شيئاًفىهذه الحال ، وكان هذاهو المعمول به قبل قانون الميراث ، فلما جاء ذلك القانون اختار الرأى الآخر ،وهوأن الاخوة الأشقاء يأخذون مع الاخوة لأم باعتبار أن الجميع من أولاد الأم ، إذا لم يستحق الأشقاء شيئاً بالتعصيب ، وفى هذه الحال يشاركون أولاد الأم فى الثلث ؛ على أن يكون الذكر مساوياً للأنثى ، كماهوالشأنفى ميراث أولادالأم ، فى الصورة السابقة يقسم الثلث بين أربعة ، بدل أن يقسم بين اثنين ؛ وتكون القسمة متساوية

(١) المسألة العائلة هى التى تزيد فيها أنصبة أصحاب الفروض على الواحد الصحيح ، كأن يكون هناك زوج وأم ، وأربع أخوات شقيقات ؛ فأن الزوج يستحق النصف والأم السدس ، والأخوات يأخذن الثلثين ، فلو فرض أن أصل المسألة — ٦ — وهو المضاعف البسيط بين مقامات الكسور يكون للزوج ثلاثة أسهم ، وللأم سهم ، وللأخوات أربع ، فتعول المسألة إلى ثمانية ، وحينئذ تقسم التركة على عدد السهام العائلة ولا تقسم على أصل المسألة ، فينقص من نصيب كل وارث بمقدار عدد السهام الزائدة .

ويلاحظ أن هذه المسألة وتسمى المشتركة التى يلغى فيها اعتبار الأب بالنسبة للأشقاء ، ويأخذون كأولاد الأم يجب لتحققها توافر أمرين :

(احداهما) ألا يكون ميراث الأشقاء بالفـــرض ، بل بالتعصيب ؛ لأنه لا يتحقق عدم الأخذ إلا بذلك ؛ وتثبت ، ولو كان العصبة أشقاء فقط ، وليس فيهم شقيقة ؛ ويكون استحقاقهم فى هذه الحال على وجه أنهم من أصحاب الفروض ؛ وإن لم يعدوا من بينهم ، لأنهم يرثون كإخوه لأم .

(وثانيهما) ألا يستحق الأشقاء شيئاً قط ، فلو كانوا يستحقون شيئاً ، ولو قليلا فإنهم لا يأخذون شيئاً بوصف كونهم إخوة لأم ، ولو كان هؤلاء يأخذون أكثر منهم .

١٠٧ — والخلاف بشأن المسألة المشتركة مشهور بين الصحابة وبين التابعين ، ومن جاء بعدهم من الفقهاء المجتهدين ، ولقد قضى عمر رضى الله عنه فيها قضاءين مختلفين ، فقضى أولا بعدم إعطاء الأشقاء شيئاً ، وقضى ثانياً باعطائهم كأولاد الأم ، ولغى اعتبار الأب ، وهذا آخر قضائه ، ويعد رجوعاً عن الأول ، ولهذا نقول إن رأى عمر هو اعتبار الأشقاء فى هذه المسألة كأولاد الأم .

ولقد روى عن ابن مسعود كذلك روايتان ، أظهرهما نفى التشريك بين الأشقاء واولاد الأم .

وإن رأى أبى حنيفة وأصحابه وأحمد هو نفى التشريك ، ومذهب مالك والشافعى إثبات هذه الشركة بين الأشقاء وأولاد الأم .

وحجة الرأى الأول أن الله أعطى كل ذى حق حقه ، وجعل لكل فرض سبباً ، ووصفاً ثابتاً ، ولا يصح إعطاء فرض لمن لا يقوم به سببه ، ولا يتحقق فيه وصفه ؛ فجعل الثلث الذى فرض للإخوة لأم لهم وللأشقاء معهم مخالف لما نص عليه القرآن ، لعدم تحقق السبب الذى جعل أساساً للفرض ؛ ولأنه لأجل إعطائهم كأولاد يجب إلغاء اعتباره قرابة الأب ، وإلغاء القرابة الثابتة لا يتفق مع الحقائق الشرعية ، ولأن نقلهم من الميراث بالتعصيب إلى الميراث بالفرض نقل من الأقوى إلى الأضعف ، وذلك ليس بمعروف فى الشرع ،

ولذلك لم يمكن إشراك الإخوة لأب عند عدم بقاء شيء لهم وأخذ أولاد الأم مع أن قرابتهم أقوى ؛ فيكون مثلهم الأشقاء ، ولأن الإعطاء يكون بنص ولا نص ؛ وحسب هذا الرأى أنه أظهر الروايتين عن ابن مسعود ، وأن عمر أخذ به زماناً ، وأنه إحدى الروايتين عن زيد .

وحجة الرأى الثانى أن الأشقاء لهم صفتان : إحداهما أنهم أولاد الأم ، والثانية أنهم أولاد الأب ، وبالاعتبار الثانى كانوا عصبة ، وغلب على الاعتبار الأول لأنه الأقوى ، والأضعف يذهب اعتباره بجوار الأقوى ؛ ولكن لما لم يبق شيء باعتبار التعصيب ، صار هو الأضعف عملا ، فغلب عليه الجانب الآخر ؛ لأنه صار الأقوى ، ولا يقاس على الأشقاء الإخوة لأب ، لأنهم ليس لهم إلا وصف واحد ، فإذا لم يعطهم شيئاً فلا سبيل لأن يأخذوا بأى طريق آخر ؛ إذ لا يعدون بحال من الأحوال من أولاد الأم .

ولا شك أن الرأى الثانى أقوى دليلا ، وهو أشبه بالاستحسان ، والأول أشبه بالقياس ؛ إذ أن القياس الظاهر أدى إلى ألا يأخذ أولاد الأم والأب شيئاً ، وهذه نتيجة بلا شيء لا تحسن فى نظر الناس ، وفى المنطق الشرعى ؛ فأعمل القياس الخفى ، وهو الوصف المشترك بينهم وبين أولاد الأم ، فورثوا بهذا الاعتبار ، وليس لأحد أن يجادل فى تحقق هذا الوصف .

ميراث الأخوات لأب

١٠٨ م — لأجل أن يعرف ميراث الأخوات لأب مع دليله والأصل الذى يقوم عليه ميراثهم نذكر ثلاثة أمور تبين الأسس الذى قام عليه ميراثهن .

أولها — أن قوله تعالى : « إن امرؤ هلك ليس له ولد ، وله أخت فلها نصف ما ترك وهو يرثها إن لم يكن لها ولد فإن كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك ، وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين» — ينطبق على الأخوات لأب ،

كما ينطبق على الأخوات الشقيقات، ولكن عند التطبيق يقدم الأشقاء لقوة القرابة.

ثانيها — أن الإجماع قد انعقد فى عصر الصحابة ومن جاء بعدهم على أن الإخوة لأب، والأخوات لا يأخذون شيئاً ما دام ثمة أخ شقيق؛ وأنهم فى حال عدم وجود الأشقاء يكون شأنهم فى الميراث، كشأن الأشقاء عند وجودهم، وقد حكى ذلك الإجماع الإمام مالك رضى الله عنه، فقد قال فى الموطأ.

« الأمر المجتمع عليه عندنا أن ميراث الإخوة للأب إذا لم يكن أحد من بنى الأب والأم كمنزلة الإخوة للأب والأم سواء، ذكرهم كذكرهم، وأنثاهم كأنثاهم إلا أنهم لا يشركون مع بنى الأم فى الفريضة التى شركهم فيها بنو الأب والأم؛ لأنهم خرجوا من ولادة الأم ».

ثالثها — أن الأخوات لأب هن بالنسبة للأخت الشقيقة بمنزلة بنت الابن مع البنت الصلبية، أى أن الأخت لأب تأخذ السدس تكملة للثلثين، إذا كانت أخت شقيقة منفردة استحقت النصف، وأن الأخ الشقيق يحجبهن كما يحجب الابن بنات الابن، وأنهن لا يأخذن شيئاً إذا كانت ثمة أخوات شقيقات أخذن الثلثين كما لا تأخذ بنت الابن شيئاً إذا كان معها بنتان أو أكثر، إلا إذا كان معها من تكون عصبة به.

١٠٩ م — وعلى هذا تكون أحوال الأخت لأب ستا، هى:

الحالة الأولى — أن تأخذ النصف إذا انفردت، ولم تكن ثمة أخت شقيقة، ولم يكن من يحجبها؛ وذلك لأنها قائمة فى هذه الحالة مقام الأخت الشقيقة، وقد علمت أن الإجماع قد انعقد على أن أولاد الأب إذا لم يوجد الشقيقات يكونون كالأشقاء، ذكورهم وإناثهم.

الحالة الثانية — أن يأخذ الأكثر من واحدة الثلثين إذا لم يوجد أيضاً أخوات شقيقات، ولا من يحجبهن للسبب السابق، وللدليل الذى سقناه فى صدر كلامنا، وهو النص القرآنى، فهو ينطبق على أولاد الأب كما ينطبق على الأشقاء.

الحال الثالثة — أن تكون الأخوات لأب عصبة بالغير مع الأخ لأب [1] ؛ للإجماع الثابت الذى حكاه الإمام مالك رضى الله عنه من أن الإخوة لأب تكون حالهن كحال الاشقاء إن لم يكن أشقاء ، وهى تأخذ معه للذكر مثل حظ الانثيين ، ولو كانت هناك أخت شقيقة أو أخوات شقيقات أخذن فرضهن . ولو كان هناك أخ شقيق لحجبهم جميعاً ؛ إذ يكون بمنزلة الابن مع ابن الابن .

الحال الرابعة — أن تكون عصبة مع الغير ؛ وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، بنت أو بنت ابن ، أو هما معاً ، فان الفرع الوارث المؤنث يأخذ فرضه مع أصحاب الفروض إن كان ، والباقى يكون للأخت أو الأخوات لأب ، وشرط هذه الحال ألا تكون أخت شقيقة ، وألا يكون أخ لأب ، لأنه لوكان تكون عصبة به ، ولا تكون عصبة مع الغير .

الحال الخامسة — أن تأخذ السدس تكملة للثلثين ، وذلك إذا كان ثمة أخت شقيقة استحقت النصف ، فتأخذ الأخت لأب أو الأخوات لأب السدس تكملة للثلثين ؛ لأن الأخوات نصيبهن الثلثان ، فاذا استحقت منه الأخت الواحدة الثلثين فان السدس تأخذه الأخت لأب ، ليستوفى الأخوات مافرض لهن ، وقياسا على بنات الابن مع البنت ، وقد ثبت ميراث بنات الابن السدس تكملة للثلثين بالأثر الذى قال فيه ابن مسعود إنه قضاء رسول الله ﷺ .

---

(١) هذا هو ماعليه جمهور الفقهاء ، وكان عليه جمهور التابعين ، وجمهور الصحابة قبلهم . وقد خالف فيه ابن مسعود كما خالف فى تعصيب ابن الابن لبنت الابن ، فجعل نصيب الأخوات لأب مع الأخ لأب عند وجود الأخت الشقيقة أقل النصيبين السدس أو التعصيب ، فإن كان الأول هو الأقل أخذته ، وإلا فالثانى ، وإن كان هناك اختان شقيقتان أو أكثر قد أخذن الثلثين ، فانه لا تأخذ الأخت لأب شيئاً ، ولو كان معها أخ لأب ؛ لأن نظرية ابن مسعود فى تعصيب الذكر للانثى لمنع زيادتها عنه او مساواتها له ، وليس لفائدة الأنثى ، ولذلك لاتحسن حالها بوجوده ؛ بل قد تسوء ، وقد وجهنا ذلك عند بيان رأيه فى بنات الابن مع ابن الابن .

الحال السادسة — وهى الأخيرة أن يحجبن ، ويحجبهن من يأتى :

(ا) الأب . لأنهن يدلين به ، ومن المقرر أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث إلا أولاد الأم على ما قررنا فى موضعه .

(ب) الفرع المذكر ؛ لأن ميراثهن على وجه أن المتوفى مات كلالة ، وذلك يقتضى أنهن لا يرثن مع وجود الفرع المذكر مطلقاً ؛ لأنه لا يعتبر الميت مع وجوه كلالة مطلقا .

(حـ) الأخ الشقيق لأن الأخ الشقيق لهن بمنزلة الابن لبنات الابن ؛ كما قررنا ، ومثل الأخ الشقيق الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير ؛ إذ تصير كالأخ الشقيق .

(د) الأختان الشقيقتان ، إذا استغرقن الثلثين ، ولم يكن مع الأخت لأب من يعصبها ، فإنها فى هذه الحال لا تأخذ فرضاً ، ولا تأخذ تعصيباً ، لاستغراق الأخوات الشقيقات الثلثين ، وعدم وجود أخ تكون عصبة به . فتكون محجوبة ، أو فى حكم المحجوبة .

هذا ويلاحظ أنه عند ما تكون الأخت لأب عصبة مع الغير تكون كالأخ لأب ، فتحجب من يليها من العصبات ، كما يحجب الأخ لأب من يليه كذلك ؛ وذلك بالقياس على الأخت الشقيقة ، عندما تكون عصبة مع الغير [1] .

---

١ — قد بينت ميراث الأخوات الأشقاء والأخوات لأب فى غير حال التعصيب المادة — ١٣ — وهذا نصها :

(ا) للواحدة من الأخوات الشقيقات فرض النصب ، وللاثنتين فأكثر فرض الثلثين

(ب) وللأخوات لأب الفرض المتقدم ذكره عند عدم وجود أخت شقيقة ، ولهن واحدة أو أكثر السدس مع الأخت الشقيقة . هذا نص المادة ١٣ وقد تركت حال التعصيب بالغير ومع الغير للمادة ١٩ ، ٢٠ ، وتركت حالات الحجب لمواد الحجب .

ميراث الأب

١١٠ م — الأب قد يكون عصبة بنفسه ، وقد يكون صاحب فرض ؛ ولقد بينا أصحاب الفروض السابقين قبله ، لأن بعضهم أصحاب فروض فقط ، وبعضهم قد يعرض لهم التعصيب ، ولكن لا بأنفسهم بل بغيرهم أو مع غيرهم ، فالأصل فى أنصبتهم الفرضية ، أما الأب فإن التعصيب لا يكون عارضا له ، بل هو ثابت له بالابتداء ، كما يثبت له الفرض بابتداء ، ولكل حال ، وقد يجتمعان فيرث بالفرض ، والتعصيب معاً .

والأصل فى ميراثه هو والأم قوله تعالى : « ولأبويه لكل واحد منهما السدس ، فإن لم يكن له ولد ، وورثه أبواه فلأمه الثلث ، فان كان له أخوة فلأمه السدس من بعد وصية يوصى بها أو دين » ولم يذكر فى هذا المقام نصيب الأب ، فاقتضى أن يكون له الباقى بعد أخذ الأم نصيبها هى ومن يكون معها من أصحاب الفروض كأحد الزوجين ؛ وقد تبين أنه عندما يكون أولاد يكون للأب والأم كل واحد منهما السدس .

وعلى هذا الأصل يكون للأب ثلاث أحوال :

الحال الأولى — أن يستحق فرض السدس فقط ؛ وذلك إذا كان هناك فرع وارث مذكر ، وهذا ثابت من الجزء الأول من النص الكريم السابق ، ففيه التصريح بأنه إذا كان هناك ولد يكون لكل واحد من الأب والأم السدس ؛ وما دام الولد ابنا ، فانه سيكون العصبة ، وعلى ذلك لا يستحق الأب شيئا بالتعصيب .

الحال الثانية — أن يستحق بالتعصيب فقط ، وذلك إذا لم يكن هناك فرع وارث مطلقا ، لا مذكر ، ولا مؤنث ؛ وهذا ينطبق عليه الجزء الثانى من النص الشريف الذى تلوناه آنفا ، وهو « فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلأمه الثلث » فان التصريح بنصيب الأم يفيد أن الباقى للأب ؛ وقد ذكر أنه وارث . فلا يرث سواه .

الحال الثالثة — أن يأخذ بالفرض والتعصيب معا ، فيأخذ السدس فرضاً ، ويأخذ الباقى لأنه عصبة . وذلك عند وجود الفرع الوارث المؤنث ؛ أما استحقاقه السدس فلقوله تعالى بعد بيان نصيب الأولاد ذكوراً وإناثاً « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » فإنه أعطاه السدس عند وجود الأولاد ذكوراً كانوا أو إناثا ، ولكن عند وجود الذكور لا يستحق سوى السدس ، لأن الباقى سيكون لذلك الذكر مع من يتعصب به من البنات ، وأما عند وجود البنات من غير ابن ذكر ، فانه سيأخذ السدس ، ولا أحد يأخذ الباقى أولى منه ؛ فيأخذ الباقى بذلك الاعتبار ، لقوله ﷺ : « ألحقوا الفرائض بأهلها ، فما بقى فلأولى رجل ذكر » والأولى عند عدم وجود فرع وارث مذكر ، هو الأب ؛ لما سنبين من أن الذين يلون جهة الفروع فى التعصيب هم جهة الأصول ، وأولهم الأب ؛ إذ كل من يكون عصبة منهم يكون هو طريقه .

هذا ويلاحظ أنه فى الحال الأخيرة ربما لا يكون باق ، فيقتصر على السدس ، كأن يكون هناك زوجة ، وبنتان ، وأم وأب ؛ فان الزوجة ستأخذ الثمن ، والأم السدس . ومثلها الأب ، وللبنتين الثلثان ، ولا يبقى بعد هذه الفرائض شىء من التركة ، بل إن المسألة تكون عائلة ، أى زادت السهام فيها عن أصل التركة ؛ أو بعبارة أوضح زاد مجموع الكسور عن الواحد الصحيح .

ويلاحظ أيضاً أن الأب ، كالأم والأولاد الصلبين والزوجين — لا يحجب حجب حرمان قط ، ولكنه يحجب غيره ، فكل الإخوة والأخوات يحجبون به أيا كانوا ، كما يحجب كل من يدلى إلى الميت بطريقه ، كأبى الأب ، وأم الأب ، وهكذا .

ميراث الأم

١١١ م — الأم لاتكون إلا صاحبة فرض ؛ ولاتكون عصبة قط ؛ لأنه لايوجد من يعصبها ، ولقد أخرناها عن الأب لارتباطها باستحقاقه فى بعض أحوالها ، كما سنبين ، والأصل فى ميراثها النص الشريف الذى تلوناه فى ميراث الأب ، وهو قوله تعالى: « ولأبويه لكل واحد منهما السدس » . الخ الآية الكريمة وعلى ذلك تكون أحوال الأم ثلاثاً .

أولاها — أن تأخذ السدس وذلك فى صورتين .

(ا) أن يكون هناك فرع وارث مطلقا سواء أكان ذكراً أم كان أنثى ؛ لصريح الآية التى تلوناها .

(ب) أن يكون هناك جمع من الأخوة أو الأخوات ، أثنان فأكثر ؛ لقوله تعالى : « فإن كان له أخوة فلأمه السدس » فصريح ذلك النص الكريم يفيد ذلك الاستحقاق ، وأقل الجمع كما هو مقرر هو اثنان ، والأم تستحق السدس سواء أكان الأخوات لأب أم لأم ، أم أشقاء ، فاذا كان للمتوفى زوج ، وأم وأخوان لأم ، فان الزوج يأخذ النصف ، والأم السدس ، والأخوان لأم الثلثين ، وإذا كان للمتوفى زوجة ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخ لأب وأخت لأب فان الزوجة تأخذ الربع والأم السدس ، والأخت الشقيقة النصف ، والباقى للأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الانثيين ، وهكذا فى كل الأحوال التى يكون فيها اثنان فأكثر من الأخوة أو الأخوات — تستحق الأم فيها السدس .

الحال الثانية — من أحوال الأم ، أن تأخذ ثلث التركة كلها فرضا ، وذلك إذا لم يكن للمتوفى فرع وارث ، لامذكر ولا مؤنث ، ولا جمع من الإخوة ولم ينحصر الإرث بينهما وبين الأب وأحد الزوجين ؛ واستحقاقها الثلث فى هذه الحال هو بنص الآية الكريمة : « فان لم يكن له ولد ، وورثه أبواه فلأمه الثلث » فاذا كان للمتوفى أب وأم فقط فان الأم تأخذ الثلث والأب يأخذ الباقى .

الحالة الثالثة — ألا يكون جمع من الأخوة والأخوات ، ولا فرع وارث وينحصر الإرث بين الأب والأم وأحد الزوجين ، فانه فى هذه الحال تأخذ الأم ثلث الباقى بعد أن يأخذ أحد الزوجين فرضه ، وتسمى هذه المسألة الغراوية لشهرتها ، ولها صورتان .

(ا) أن يكون فى المسألة زوج وأم وأب ، وترك تركة قدرها ١٢٠ ف مثلا فان الزوج يأخذ النصف ، والأم ثلث الباقى بعد النصف ، والأب يأخذ الباقى النهائى . فيستحق الزوج ستين فدانا ، وتستحق الأم عشرين فدانا ، ويستحق الأب أربعين فدانا .

(ب) أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأب والتركة أيضا ١٢٠ ف مثلا ، فان الزوجة فى هذه الحال تستحق الربع ، والأم تستحق ثلث الباقى بعد الربع ، والأب يستحق الباقى النهائى ، وعلى ذلك تأخذ الزوجة ثلاثين فدانا ، والأم ثلاثين مثلها ، والأب يأخذ ستين فدانا .

والأصل فى ثبوت هذه الحال هو قضاء سيدنا عمر رضى الله عنه الذى وافقه عليه جمع من الصحابة ، منهم زيد بن ثابت ، وعبد الله بن مسعود ، وعثمان بن عفان وغيرهم ، وبهذا الرأى أخذ جمهور الفقهاء من بعدهم .

١١٢ — وحجته أن المعهود فى أحكام الشارع الإسلامى أنه حيث تتساوى درجة الرجل والمرأة يكون نصيبها غالباً على النصف من نصيبه ، ولا يتأتى ذلك إلا إذا أعطيت الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، ولو أنها أخذت ثلث كل التركة ، لأدى ذلك إلى أن يأخذ نصفها عندما يكون أحد الزوجين هو الزوج ، فان الزوج يأخذ النصف والأم على هذا الفرض تأخذ ثلث الكل ، ويكون الباقى هو السدس ، وذلك غير معقول ، ولم يعهد فى أحكام الشارع أن يكون الرجل نصف المرأة مع تساويهما فى القرابة ؛ وإن ذلك بلا ريب يؤدى إلى مخالفة نص الآية الكريمة ومعناها ، وذلك لأن الآية تجعل الميراث عندما يكون للأبوين على أساس الثلث للأم والثلثين للأب ، فكانت النسبة بينهما مقدرة على هذا

الأساس ، فالفرض الذى يؤدى إلى أن يكون هو نصفها يكون مناقضا لتقدير النسبة التى قدرها الله سبحانه وتعالى .

وعلى هذا الأساس نقرر أن إعطاء الأم ثلث الباقى هو الذى يتفق مع معنى النص الكريم ؛ لأنه اعطاها الثلث ، وأعطى الأب الباقى ، عندما لا يكون أحد الزوجين ، فإن كان أحد الزوجين ، فإن النسبة التى قدرها المولى سبحانه هى التى تكون ، ولا تتحقق تلك النسبة إلا إذا أعطينا الأم ثلث الباقى بعد نصيب أحد الزوجين ، والأب الباقى النهائى .

١١٣ — هذا رأى الجمهور . وهذه حجته ، وهناك رأيان آخران يخالفان رأى الجمهور .

أولهما — أن الأم لها ثلث التركة كلها ، ولو أدى ذلك إلى أن يأخذ الأب فى إحدى الصورتين نصفها ، وهـذا روى عن ابن عباس ، وروى عن على رضى الله عنه ، وعن معاذ ، وأخذ به شريح القاضى ، واختاره الشيعة الإمامية ، والظاهرية ، وحجتهم أن النص الكريم ظاهر فى أنه إذا لم يكن فرع وارث ، ولا جمع من الإخوة أو الأخوات يكون نصيبها الثلث ؛ ولا قياس مع ظاهر النص ، وإن النبى ﷺ أمر أن تعطى الفرائض ، ثم يكون الباقى لأولى رجل ذكر ، والذين قالوا إن لها ثلث الباقى ينتقصون من الفرائض ليكثّروا من نصيب من لا يأخذ إلا بعد أن تؤخذ الفرائض كاملة .

وثانى الرأيين المخالفين — أن الأم تأخذ ثلث الكل إذا كان أحد الزوجين هو الزوجة ، وتأخذ ثلث الباقى إذا كان أحدهما هو الزوج ، وقد اختار هذا الرأى من التابعين ابن سيرين ، واختاره من الحنفية أبو بكر الأصم .

والأساس فى هذا الرأى هو منع أن تأخذ الأم ضعف الأب ، فحيث أدى أخذها ثلث التركة كلها إلى أن تأخذ ضعف الأب انزلت من ثلث الكل إلى ثلث الباقى ؛ لأن هذا يؤدى إلى معارضة معنى النص ، وحيث لا يؤدى أخذت ثلث الكل الذى استحقته ، وهذا فى الحقيقة وسط بين الرأيين ، أو هو تلفيق حسن بينهما

١١٤ — والأم لاتحجب حرمان قط ، ولكنها تحجب حجب نقصان من الثلث إلى السدس فى حال وجود الفرع الوارث ، أو جمع من الإخوة [١] . ولو كانوا محجوبين ، لأنه من المقرر أن المحجوب قد يحجب غيره والمحروم لايمكن أن يحجب غيره .

ويعتبر أعطاؤها ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين بدلا من ثلث الكل حجبا أيضاً ، وقد علمت أنه يكون عند انحصار الإرث بين أحد الزوجين والأب والأم ، ولا ورثة من الفروع ، ولا جمع من الأخوة .

ويلاحظ أن ذلك لا يكون عند وجود الجد بدل الأب ، فإن الأم مع الجد تأخذ ثلث التركة كلها ، ولا تأخذ ثلث الباقى ، خلافا لأبى يوسف رضى الله عنه ، فقد جعل الجد كالأب فى هذا المقام ، وسنبين ذلك عند الكلام فى ميراث الجد .

ميراث الجد

١١٥ م — المراد بالجد هو الجد الصحيح ، وهو الذى لا تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجته ، ويقابله الجد الفاسد ، وهو الذى تتوسط بينه وبين الميت أنثى .

---

(١) روى عن ابن عباس بالنسبة لحجب الأخوة للأم أمران : أولهما أن الاثنين لا يحجبان الأم من الثلث إلى السدس ؛ لأن الاثنين عنده ليسا جمعاً ، والنص القرآنى عبر بالجمع ، وقد احتج عليه بأن الاستعمال العربى يسوغ إطلاق اسم الجمع على الاثنين ، وقد انعقد الإجماع على إرادة الاثنين فى ضمن الجمع ، فلا يلتفت إلى غيره .

(ثانيهما) أن الإخوة إن كانوا محجوبين بالأب .فان السدس الذى نقصوه من الثلث الذى حجبوا فيه الأم حجب نقصان لايئول إلا الأب، بل يئول إلى الأخوة أنفسهم ؛لأنه ليس من المعقول أن تنقص هى ويزيد هو بوجودهم ؛ وروى عنه أنه إن كان الأخوة لأم أخذوا الذى حجبوا عنه الأم ، لأنه لايصح أن يستفيد الأب من وجودهم ، ولا صلة تربطهم به ، وإن كان الإخوة أشقاء أو لأب، فإن الأب يئول إليه السدس الذى حجبوا عنه الأم.

والجد الصحيح ينزل منزلة الأب عند فقده فى كثير من الأحكام الشرعية عند عدم وجود الأب بالنسبة لأحفاده ، فهو كالأب من حيث الولاية على النفس ؛ ومن حيث الولاية المالية ، وكالأب فى أنه لا يقتل بولد ولده ، وفى أن حليلة كل من الجانبين تحرم على الآخر ؛ وفى عدم قبول الشهادة له ؛ وفى أنه لا يجوز دفع الزكاة إليه .

فكان هذا الاشتراك فى أحكام كثيرة سبباً فى اعتباره كالأب فى الميراث ؛ غير أن جملة أقوال الفقهاء تدل على أنه ليس فى قوته ؛ لأن الأب هو طريقه فى الإدلاء إلى المتوفى ، فهو يستمد منه القوة فى الاتصال بالميت ، وهو الأصل ، والجد ملحق به ، ولا يتساويان ، ولذلك افترقت أحكام قليلة للجد عن الأب ؛ وكان كثير من هذه الأحكام موضع خلاف بين الفقهاء ؛ وبعض مواضع هذا الخلاف اختار فيه قانون الميراث ما يخالف المذهب الحنفى .

ولنبين ما جاء به القانون ، ثم نبين بعد ذلك فقه الموضوع ، ليعلم المصدر الفقهى للقانون .

١١٦ م — الجد إما أن يكون معه إخوة وأخوات ، أشقاء أو لأب ، وإما ألا يكون معه أحد من هؤلاء .

فان لم يكن معه أحد من هؤلاء الإخوة أو الأخوات ، فانه يكون له ثلاث الأحوال التى هى للأب تماما ؛ فلا تكون ثمة مخالفة بينهما فى هذا الجزء من التوريث .

أولاها — أن يكون فرضه السدس ؛ وذلك إذا كان للميت فرع وارث مذكر ، فانه يكون الفرع عصبة ، إذ هو أولى رجل ذكر ، وأقرب رجل إلى المتوفى ، فلا يأخذ الجد إلا الفرض وهو السدس .

وثانيتها — أن يكون هناك عصبة يأخذ الباقى إذا لم يكن فرع وارث مطلقا ، لا مذكر ولا مؤنث ؛ لأنه فى هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيأخذ الباقى لكونه عصبة .

والحال الثالثة — أن يأخذ السدس فرضا ، والباقى تعصيبا ، وذلك إذا كان هناك فرع وارث مؤنث ، فيأخذ السدس باعتباره صاحب فرض مع الفرع المؤنث ، ويأخذ الباقى باعتباره أولى رجل .

١١٧ — والأصل الذى ثبت به ميراثه فى هذه الأحوال قوله تعالى « ولأبويه لكل واحد منهما الثلث ، فان لم يكن له ولد وورثه أبواه ، فلأمه الثلث . . الخ » وقوله ﷺ « الحقوا الفرائض بأهلها فما بقى فلأولى رجل ذكر » .

وهو يسمى أبا مجازا عند عدم وجود الأب الحقيقى ؛ ولذلك ينطبق عليه النص الكريم ، وهو فى حال التعصيب أولى قريب ذكر ، وأقربهم ، وبهذا الوصف كان عصبة دون سواه مادام لا إخوة أشقاء ولا أب .

ولم ينزله جمهور الفقهاء منزلة الأب فى المسألتين الغراويتين ؛ لأن اعطاء الأم ثلث الباقى ؛ لكيلا لا تكون أكثر من الأب ، ولكى تحفظ النسبة بينهما ، وقد تساوت درجتهما ؛ والجد لم تتساو درجته مع الأم قط ، ولقد روى عن أبى يوسف فى الإملاء أن للأم ثلث الباقى مع الجد فى الموضع الذى يكون لها ثلث الباقى مع الأب ، وقد نسب ذلك القول إلى عبد الله بن مسعود ، وحجة تلك الرواية أن الجد كالأب بالنسبة للأم ، وهو أب عند فقده ، وقد كانت تستحق مع الأب ثلث الباقى فى الغراوية فتستحق معه ذلك الثلث أيضاً [1] .

١١٨ م — هذه أحوال الجد الثلاث إذا لم يكن معه أشقاء ولا لأب ذكوراً كانوا أو إناثا ، أما إذا كان معه هؤلاء ، فبمقتضى القانون القائم المعمول به لا يغير أب الأب فى انصبتهم شيئاً ، فلا يحجبهم ، ولا يغير حالهم ، بشرط ألا يؤدى ذلك إلى أن يأخذ أقل من السدس ، فإن أخذ أقل من السدس أعطى السدس .

وعلى ذلك إذا كان هناك أخوات شقيقات أو لأب ، يأخذن بالفرض أخذن فروضهن مع غيرهم من أصحاب الفروض ، وما بقى فهو لأبى الأب بشرط ألا يقل عن السدس ، فإن قل أخذ السدس ؛ وإذا كان الإخوة أو الأخوات عصبة كان عصبة مع العصبة منهم كأخ ، إلا إذا أدى أخذه كأخ إلى نقص نصيبه عن السدس ،

(١) قد روى عن عبد الله ابن عباس أنه إن كان جد وزوجه وأم أخذت ثلث التركة ؛ وإن كان جد وزوج وأم أخذ الزوج النصف ، والنصف الآخر كان بينهما مناصفه وذلك لكيلا تزيد الأم عن الجد ، ونصرته للبيت كانت أقوى من نصرتها .

فإنه يأخذ السدس ، والباقى يكون للعصبة منهم ، إن كان قد بقى شيء بعده ، ولنضرب عدة أمثلة توضح ذلك .

(أ) إذا توفى شخص عن جد ، وأم ، وأخت شقيقة ، فإن الأم تأخذ الثلث ، والأخت تأخذ النصف ، والباقى يكون للجد ، وهو السدس .

(ب) إذا توفى عن جد ، وأخت لأب ، فإن الأخت تأخذ النصف ، والجد يأخذ الباقى .

(حـ) إذا توفى عن جد صحيح ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فان الأم تأخذ السدس ، والأخت الشقيقة تأخذ النصف ، والأخت لأب تأخذ السدس تكملة للثلثين ؛ والباقى يأخذه الجد ، وهو السدس .

وفى هذه الصورة الثلاث لا نراه قد قل عن السدس فى التعصيب .

(ى) وإذا كان جد ، وبنت ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ؛ فان البنت تأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تكون عصبة لوجود الفرع الوارث المؤنث ، فيكون الجد معها كأخ شقيق ، فيكون للذكر مثل حظ الأنثيين والأخت لأب محجوبة بالأخت الشقيقة ؛ لأنها لما كانت عصبة مع الفرع الوارث صارت كأخ شقيق فتحجب الأخت لأب ، والجد هنا سيكون نصيبه الثلث ؛ فهو لا يقل عن السدس

(هـ) واذا كان جد ، وأم ، وأخت شقيقة ، وأخ لأب ، وأخت لأب ؛ فان الأم تأخذ السدس والأخت الشقيقة تأخذ النصف ، والأخ لأب وأخته عصبة ، فلو كان الجد عصبة معهم يكون نصيبه أقل من السدس ؛ إذ سيكون الثلث مقسوما على خمسة ؛ اثنان منه للجد ، وهما أقل من السدس ؛ فيعطى السدس ، والباقى يكون بين الأخ لأب والأخت لأب للذكر مثل حظ الانثيين .

(و) وإذا كان قد توفى عن زوجة ، وبنتين ، وأم ، وأخت شقيقة ، فانه فى هذه الحال يكون للزوجة الثمن ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس ، ولو أخذ الجد بالتعصيب مع الأخت الشقيقة فانه يأخذ أقل من السدس ، فيأخذ السدس ، وتكون الأخت عصبة وحدها ، ولكن لا يبقى لها شيء .

(ز) وإذا كان قد توفى عن زوجة ، وأم ، وأختين لأب وجد ، فان الزوجة تأخذ الربع ، والأم السدس ، والأختين الثلثين، فان كان سيأخذ بالتعصيب فانه لا يأخذ شيئاً ؛ لأنه لا يبقى شيء ، فيكون له السدس .

هذه أمثلة موضحة تبين أحوال الجد مع الاخوة الأشقاء أو لأب ؛ ويلاحظ أن المحجوب من الإخوة قبل الجد يستمر محجوباً ولا يكون له شأن فى التقسيم .

١١٩ م — هذا هو القانون شرحناه، وضربنا له الأمثال، وقبل أن نتجه إلى فقه الموضوع نقرر أن الجد إنما تكون له هذه الأحوال إذا لم يكن أب ، فان كان أب فانه لا يستحق شيئاً ، بل يحجب به حجب حرمان ؛ لانه من المقرر شرعا أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، والجد يدلى إلى الميت بطريق الأب ، فيحجب عند وجوده ، ولانه أب مجازا ، فلا يستحق شيئاً عند وجود الاب الحقيقى ؛ وكذلك يحجب الجد القريب الجد البعيد ، فأبو الاب يحجبه أبو أبى الاب ؛ لانه يتصل بالميت عن طريقه كما قررنا [1] .

---

(١) فرض الجد والأب اشتملت على بيانه المادة — ٩ — وهذا نصها : « مع مراعاة أحكام المادة ٢١ للأب فرض السدس إذا وجد للميت ولد أو ولد ابن وإن نزل ، والجد الصحيح هو الذى لا يدخل فى نسبته إلى الميت أنثى وله فرض السدس على الوجه المبين فى الفقرة السابقة » .

وقد بينت المادة — ٢١ — حكم الأب أو الجد إذا كان مع الجد فرع وارث مؤنث وهذ نصها : « إذا اجتمع الأب أو الجد مع البنت أو بنت الابن وإن نزل أبوها السدس فرضاً والباقى بطريق التعصيب » .

وقد بينت المادة — ٢٢ — ميراث الجد مع الإخوة ، وهذا نصها : « إذا اجتمع الجد مع الإخوة والأخوات لأبوين ، أو لأب كانت له حالتان : — الأولى — أن يقاسمهم كأخ إن كانوا ذكوراً فقط ، أو ذكوراً وإناثاً ، أو إناثاً عصبن مع الفرع الوارث من الإناث — الثانية أن يأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض بطريق التعصيب إذا كان مع الجد أخوات لم يعصبن بالذكور أو مع الفرع الوارث من الإناث ، على أنه إذا كانت المقاسمة أو الإرث بالتعصيب على الوجه المتقدم تحرم الجد من الإرث أو تنقصه عن السدس اعتبر صاحب فرض بالسدس ، ، ولا يعتبر فى المقاسمة من كان محجوباً من الإخوة والأخوات لأب ،

هذا ما اختاره القانون بالنسبة لميراث الجد مع الأشقاء أو لأب ، اختار ألا يحجبهم ، وألا تتغير حالهم التى كانت لو لم يكن ، فالمحجوب منهم يستمر محجوباً من غير أن يدخل فى القسمة ، والوارث يأخذ ما كان يأخذه لو لم يكن إن كان صاحب فرض ، وإن كان عصبة اشترك مع الجد فى التعصيب بشرط ألا يقل الجد فى الحالين عن السدس .

١٢٠ — ولقد كان المعمول به قبل ذلك مذهب أبى حنيفة ، وهو أن الجد يحجب الأشقاء ولأب ، كالأب على سواء من غير فرق بين الذكر والأنثى ؛ وهذا أحد مذاهب ثلاثة فى الجد ؛ ولكى يكون القارىء على علم بالموضوع نذكر هذه المذاهب الثلاثة ، ونبين ما أخذه القانون منها .

١٢١ — المذهب الأول هو أن الجد يحجب الأشقاء ولأب ، كما حجب أولاد الأم من غير خلاف فيهم ؛ وهذا رأى أبى بكر وابن عباس والزبير وحذيفة وأبى سعيد الخدرى ، وأبى بن كعب ، ومعاذ بن جبل ، وأبو موسى الأشعرى ، وقد قال هذا القول أبو حنيفة تبعاً لهؤلاء ؛ وذلك لأن الجد عند عدم وجود الأب أب ؛ ويطلق عليه اسم الأب لغة ؛ وقد وردت النصوص فى أحكام كثيرة بجعله كالأب ، فهو يحجب الإخوة لأم ؛ وهو يزوج القاصرين والقاصرات من أحفاده ، وله إدارة أموالهم من غير تعيين قاض ، ولا تقبل شهادته لهم ، ولا شهادتهم له ، وإذا كان الجد يعطى حكم الأب فى هذه الأحكام ، فبالقياس عليها يكون كالأب فى الميراث ، ولأن ابن الابن أخذ حكم الابن فى الميراث من كل الوجوه ، ومنها حجب الأشقاء ولأب ، فكذلك الجد يأخذ حكم الأب ، ويحجب الإخوة والأخوات لأم ، وإنا وجدنا الجد فى الميراث يأخذ حكم الأب تماما ، فيأخذ السدس مع الفرع الوارث المذكر ، والسدس مع التعصيب عند وجود الفرع الوارث المؤنث ، ويكون عصبة عند عدم وجود فرع وارث أصلا ، وكان مقتضى القياس الفقهى ، وقد أخذ نصيب الأب فى كل أحواله ، أن يحجب من كان يحجبه الأب ، لأن المقدمات الفقهية تؤدى إلى ذلك ، وعدم الحكم بهذا أخذ للمقدمة ، وترك لنتيجتها ، وذلك غير معقول فى بدائه العقول .

هذا هو المذهب الأول ، وذلك دليله ، وهو مبنى على اعتبار الجد أبا عند فقد الأب ، وإعطائه كل أحكامه غير منقوصة .

١٢٢ — المذهب الثانى هو مذهب على بن أبى طالب ، وهو أن الجد لا يحجب الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، ويكون عصبة معهم ، إن كانوا ذكوراً ، أو كانوا مختلطين ذكوراً وإناثا ، فإن كانوا إناثا فقط كان عصبة وأخذوا فروضهن ، وإن كانوا محجوبين لأمر آخر استمروا على حجبهم ، ويكون كأخ للذكر مثل حظ الأنثيين ، ولكن على شرط ألا يقل نصيبه عن السدس ؛ فإن قل نصيبه عن السدس أخذ السدس ؛ وأخذ الإخوة أو الأخوات الباقى ؛ والأساس فى ذلك أن درجة الجد والإخوة درجة واحدة ؛ لأن كليهما يتصل بالميت من جهة الأب وحده ، فالجد اتصل عن طريق الأب باعتباره أباه ، والإخوة اتصلوا عن طريقه باعتبارهم أولاده ، فمقدار قرابتهم بالميت واحدة ، ومقدار قوة هذه القرابة واحدة ، وعلى ذلك لا يحجب أحد الطرفين الآخر ؛ لأنه لا أرجحية لأحدهما على الآخر ؛ فالقياس لا يسوغ الحجب ، ولا نص يدل على الحجب كالنص بالنسبة للأخوة لأم ، ومن جهة أخرى فقرابة الجد أقوى من قرابة أولاد الأم ، فصح أن يحجبهم للنص ، ولقوة القرابة ، إذ يدلى الجد بالأب ، وهم يدلون بالأم .

وإذا كان لا يحجبهم ، فانه لا يغير من حالهم شيئاً ، فان كانوا ذكوراً وإناثا استمروا عصبة ، وكان أخا مثلهم ، وكذلك إن كانوا ذكوراً فان كانوا إناثا أخذوا فرضهم إن كانوا أصحاب فروض ، وإن كانت عصبة مع الغير ؛ كالأخت مع البنت والجد ، فان الجد يكون صاحب فرض ؛ لأن عليا رضى الله عنه يرى أن الجد لا يجمع الفرض والتعصيب ، وعلى ذلك تكون العصبة هى الأخت نفسها ، ومن مقتضى مذهب على أن الأشقاء إن كانوا قد حجبوا الإخوة لأب ، فان الأخيرين لا يدخلون فى المقاسمة ، لأنهم محجوبون قبله ، فلا يجعلهم وجوده وارثين قط .

هذا ويلاحظ أن الجد لا يصح فى أى صورة أن يقل عن السدس ، فان قل فى التعصيب عن السدس أخذه ؛ لأن الأثر قد ورد باستحقاقه السدس مع الابن

فاولى أن يستحقه مع الإخوه ، لأن قرابة الابن أقوى من قرابتهم ، ومع ذلك لم يؤثر فيه ، إلا بتنقيصه إلى السدس ، فاولى ألا ينقصه وجود الإخوة لاكثر منه.

هذا مذهب على رضى الله عنه ، ومثله مذهب ابن مسعود فى أحكامه ، بيد أنه اشترط ألا يقل الجد عند المقاسمة بالتعصيب عن الثلث ، لأنه إن اجتمع مع البنات وحدهن لا يأخذ أقل من الثلث ، فاولى أن يكون كذلك عندما يلتقى بالأخوة .

١٢٣ — هذا مذهب على وابن مسعود . ومذهب زيد رضى الله عنه ، ومعه طائفة كبيرة من الصحابة أساسه أيضاً أن الجد لا يحجب الاشقاء ، ولا لأب لاتحاد الاثنين فى طريق الأدلاء كما بينا ، ويجعله عصبة معهم سواء أكانوا ذكوراً أو مختلطين أم كانوا إناثاً فقط ، ويقاسمهم على أنه أخ بشرط ألا يقل عن الثلث ، ثلث الكل أو ثلث الباقى على حسب الأحوال ، وخلاصة ذلك المذهب أنه يقاسم الإخوة على أنه أخ ، فان كانوا جميعاً أشقاء كان أخاً شقيقاً ، وأخذ نصيب أخ شقيق ، وإن كانوا جميعاً إخوة لأب أخذ معهم على أنه أخ لأب بشرط ألا يقل عن الثلث فى الحالين ، وإن كان بعضهم أشقاء وبعضهم لأب ، وهم محجوبون بالأشقاء قاسمهم ، ودخل أولاد الأب فى القسمة أولا ، على أساس أنهم مستحقون ، ثم ينفرد الأشقاء بانصبة الإخوة جميعاً ، ولا يأخذ أولاد الأب ، فدخولهم كان فقط لنقص نصيب الجد ولنضرب لذلك مثلا ، إذا مات الميت عن جد صحيح ، وأخ شقيق ، وأختين لأب ، فانه فى هذه الحال تقسم التركة بين هؤلاء للذكر مثل حظ الانثيين على أساس أن الجد أخ ، ويأخذ بهذا الثلث ، ويأخذ الإخوة الثلثين ؛ ولكن لا يستحق منهما الاختان لأب شيئاً ، بل يكونان جميعا للأخ الشقيق .

والأخوات المنفردات كالإخوة ، من حيث أن الجد يكون عصبة معهم كأخ ؛ فلو كان للمتوفى جد ، وثلاث أخوات شقيقات كانت التركة بينهم أخماسا ، وإن كان للمتوفى جد ، وأختان شقيقتان ، وأختان لاب كانت التركة بينهم أثلاثا للجد الثلث وللأخوات الثلثان يستبد بهما الشقيقتان ، ولا تأخذ الاختان لأب شيئا ،

وإن كانتا قد دخلتا فى المقاسمة لكى ينقص نصيب الجد ، ويزداد حظ الشقيقتين ، ولا يأخذ الجد أقل من ثلث المال ، إذا لم يكن فى الورثة إلا الجد والإخوة ، فان كان هناك ذو فرض آخر ، فان الجد يأخذ الأحظ من السدس ؛ أو ثلث الباقى بعد صاحب الفرض ، أو المقاسمة بالتعصيب .

(١) فاذا فرض أن الورثة هم الزوج والجد والأم وأخ شقيق وأخت شقيقة ؛ فانه فى هذه الحال يكون السدس أحظ الاقسام فيأخذه ، لأن ثلث الباقى بعد فرض الزوج والام يكون أقل من السدس ؛ إذ يكون ثلث الثلث أى تسع ، والسدس أكبر من التسع ؛ وهو أحظ من المقاسمة بالتعصيب لانه فى المقاسمة بالتعصيب يستحق خمسى الثلث ، وهما أقل من السدس .

(٢) وإذا كان الورثة زوجة وجداً وأخا شقيقاً ، وأخا لأب وأختاً لأب ، فان ثلث الباقى بعد نصيب الزوجة أكبر من السدس ، ومن المقاسمة بالتعصيب إذ ثلث الباقى هو ربع التركة وهو أكبر من السدس ، بالبداهة ، وأكبر من المقاسمة بالتعصيب ؛ لأنه بالمقاسمة بالتعصيب سيدخل أولاد الأب فيها . ويستحق بها على ذلك $\frac{2}{7}$ الباقى ، وذلك المقدار أقل من ثلث الباقى .

(٣) وإذا كان الورثة زوجاً وجداً ، وأختاً شقيقة ، فان نصيبه بالمقاسمة بالتعصيب يكون أكبر الأنصبة الثلاثة ؛ لأنه سيأخذ النصف ويأخذ هو مع الأخت النصف الآخر على أن له ضعفها ؛ وهو يساوى ثلث التركة كلها ، وهو أكبر من السدس بالبداهة ، كما هو أكبر من ثلث الباقى بالبداهة أيضاً .

ونرى من هذه الصور كلها أن الأخوات الشقيقات أو لأب كن عصبات بالجد ، ولو كن منفردات عمن يعصبهن ، ولا يأخذن معه بالفرض إلا فى مسألة واحدة أثرت عن زيد ، وتسمى المسألة الاكدرية ، وصورتها أن يكون الورثة زوجا وأما وأختا شقيقة أو لاب وجداً ؛ فيأخذ الزوج النصف ، وتأخذ الأم الثلث ويأخذ الجد السدس ، والاخت النصف ، ثم يقتسمان النصيبين للذكر مثل حظ الانثيين .

وإنما كانت الأخت آخذة بالفرض على هذا ، لأنه لولا هذا ما أخذت شيئاً ؛ وذلك يكون فى معنى أن الجد حجبها ؛ لأنها من غير وجوده تستحق النصف ، فلكى يتفادى زيد رضى الله عنه ذلك أعطاها النصف الذى كانت تستحقه لولا وجود الجد ، ثم اقتسم معها السدس والنصف ذلك التقسيم .

ولذلك إذا كانت لا تستحق شيئاً من غير وجوده ، واستغرقت الأنصبة التركة ، أو بقى أقل من السدس فإنه يأخذ السدس ، ولا يأخذ الأخوات شيئاً ؛ ولذلك إذا كان فى المسألة السابقة أخ مكان الأخت ما أخذ شيئاً ؛ لأنه لا يستحقه فرضا فى حال من الأحوال .

١٢٤ — هذه خلاصة مذهب زيد وبعض التفريعات فيه ، وبهذا المذهب أخذ مالك والشافعى وأحمد ، وأبو يوسف ومحمد من فقهاء المذهب الحنفى ، وابن أبى ليلى وابن شبرمة من فقهاء العراق ، ولم يخالفه من الأئمة الأربعة إلا أبو حنيفة وحده

والأساس الذى بنى عليه ذلك المذهب ثلاثة أمور :

أولها — أنه لم يقم دليل من نص أو قياس يدل على حجب الجد الصحيح للأشقاء أو لأب .

وثانيها — أن قرابة الاخوة فى الدرجة من حيث القوة كقرابة الجد ، وسننقل من عبارات الشافعى ما يوضح ذلك تمام التوضيح .

وثالثها — أن ذلك هو التوزيع العادل إذا نظرنا إلى جملة الورثة ذلك أن الجد الصحيح ما يأخذه ، وهو شيخ فإنه سيكون قريبا لأولاده ، وهم أعمام الميت ، فكأنه من الناحية الواقعية سيئول الأمر إلى أن الأعمام أخذوا حيث منع الإخوة إذا كان الجد يحجب هؤلاء ، ولا أحد يقول إن الأعمام أولى بالميراث من الإخوة ، ولذلك كان زيد رضى الله عنه متجها إلى التكثير من نصيب الإخوة ؛ ولذلك أدخل أولاد الأب فى المقاسمة ، مع الأشقاء ، والجد ، حتى إذا كبر حظ الأخوة بهذه المقاسمة ، استبد الأشقاء به .

ولنختتم الكلام فى رأى زيد بعبارة محكمة ساقها الشافعى للاستدلال على أن الجد لا يحجب الأشقاء أو لأب ، فقد قال فى رسالته رحمه الله تعالى :

« أليس يقول الجد أنا أبو الميت ، ويقول الأخ أنا ابن أبى الميت ، فكلاهما يدلى بقرابة الأب بقدر موقعه منها . . . اجعل الأب هو الميت ، وترك ابنه وأباه ، كيف يكون ميراثهما منه ،فإنه يكون للابن خمسة أسداس،وللأب السدس، وابن الأب الذى جعلناه ميتاً هو الأخ ، والأب هو الجد عندما يكون المتوفى ليس الأب ، بل أحد أبنائه ؛ فإن الأب الذى يدلى كلاهما به ، قرابته بالأخ كونه ابنه ، وقرابته بالجد أنه أبوه ، والابن مقدم فى الاستحقاق على الأب ، إذ يأخذ أكثر منه،وإذا كان كذلك فقرابة الأخ أقوى من قرابة الجد ،ولو كان أحدهما محجوباً بالآخر لكان يحجب الجد بالأخ ؛ لأنه أقوى قرابة للأب الذى يدلى به كلاهما ، ولولا إجماع الصحابة على أنه يرث مع الإخوة لحجبه » ويقول رضى الله عنه فى ذلك أيضاً : « كل المختلفين مجتمعون على أن الجد مع الأخ مثله . أو أكثر حظاً منه ، فلم يكن لى خلافهم ، ولا الذهاب إلى القياس ، والقياس يخرج من جميع أقوالهم ، فلنذهب إلى إثبات الإخوة مع الجد ، أولى الأمرين ، مع أن ميراث الإخوة ثابت فى الكتاب ، ولا ميراث للجد فى الكتاب وميراث الإخوة أثبت فى السنة من ميراث الجد » .

١٢٥ — هذه هى المذاهب الإسلامية فى ميراث الأشقاء ولأب مع الجد ، وقد اختار قانون الميراث من بينها رأى على رضى الله عنه ، وهو أن يكون الجد أخاً مع الإخوة ، بشرط ألا يزيد عن السدس ، لكن مذهب على - أن الجد لا تكون الأخوات المنفردات عصبة معه قط ؛ بل يكن أصحاب فرض إن كان لهن فرض ؛ والقانون جعل الاخت إذا كان هناك فرع وارث مؤنث عصبة هى والجد ؛ وقد اقتبس تلك الفكرة الجزئية من مذهب زيد رضى الله عنه ؛ فكان ذلك تلفيقاً حسنا ؛ لانه تتكون منه قاعدة ، وهى أن الاشقاء ولاب تكون حالهم مع الجد هى حالهم تماما من غير وجوده ، إلا أن يؤدى ذلك إلى أن ينقص نصيبه عن السدس ، فيكون السدس نصيبه ، وهى قاعدة حسنة عادلة فى ذاتها ، ويسهل معها إدراك الاحوال كلها مع تشعبها .

ولقد لاحظ واضعوا القانون فى ترجيحهم الأخذ بمذهب الأكثرين من الفقهاء ، وهم الذين يجعلوا الجد حاجباً للإخوة والأخوات — أن مآل نصيب الجد إلى أولاده أى أعمام الميت ، فيعطون حيث يمنع إخوته ، وهم فى الأصل شركاؤه فى مال أبيه ؛ فقد جاء فى المذكرة التفسيرية ما نصه :

« المذهب المعمول به ، وهو مذهب أبى حنيفة ، وبعض فقهاء الصحابة أن الجد كالأب فى حجب الاخوة الأشقاء أو الأب ، فرئى الأخذ برأى من قال من فقهاء الصحابة والصاحبين والأئمة الثلاثة بتوريث هؤلاء الإخوة مع الجد لظهور المصلحة فى الأخذ بهذا الرأى ، فكثيراً ما يموت الشخص حال حياة أبيه، فيرثه والده وأولاده ، ثم يموت أحد هؤلاء الأولاد عن جده وإخوته ، فيحجب الجد الإخوة ، ولا يأخذ أحد منهم شيئاً ، مع أن الجد قد يكون غنياً ، فإذا مات ترك لأولاده جميع ماله بما فى ذلك ما أخذه أولاد ابنه ، وبذلك ينفرد أولاد الجد بجميع ماله ، ولا يأخذ أولاد ابنه شيئاً منه » .

ميراث الجـــدة

١٢٦ م — الجدة التى ترث بالفرض هى الجدة الصحيحة ؛ وأما الجدة غـــير الصحيحة ، فهى كالجد غير الصحيح من ذوى الأرحام ، والجدة الصحيحة هى التى لا يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح ، فأم الأم جدة صحيحة ، وأم الأب كذلك ، وهكذا ، والجدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينهـا وبين الميت جد غير صحيح كأم أبى الأم ، فإنها تعد جدة غير صحيحة ، وتـكون من ذوى الأرحام ، ولا ترث بالفرض قط كما ذكرنا ، وذلك لأن من أدلت به إلى الميت لا يعد من ذوى الفروض ، بل يعد من ذوى الأرحام ، فلا يمكن أن تـكون هى أقوى منه حظاً فى الميراث ، مع أنه سبب الاتصال بالمتوفى ؛ وعن طريقه اكتسب الصلة التى أعطتها حق الميراث .

والأصل فى ميراثها ما روى من أن أبا بكر الصديق رضى الله عنه اتته أم أم

تطلب ميراثا فى ولد ابنتها ، فقال اصبرى حتى أشاور ، فإنى لم أجد لك فى كتاب الله نصيباً ، ولم أسمع فيك من رسول الله شيئاً ، ثم سألهم فشهد المغيرة بن شعبة بأن رسول الله ﷺ أعطاها السدس ، وشهد معه محمد بن مسلمة ؛ ثم جاءت أم الأب إليه ، أو إلى عمر رضى الله عنهما (على اختلاف الروايات) وطلبت ميراثها هى الأخرى ، فقال : « إن ذلك السدس بينكما ، وهو لمن انفردت منكما ، قضى بذلك فى عصر الصحابة ، ولم يستنكر أحد ، ولم يأت نقل عن أحد يخالفه ، حتى يكون ثمة فى الموضوع دليلان متعارضان ، فكان ذلك إجماعاً ، ومن جهة أخرى فإن الجدة تعتبر أماً مجازاً فيثبت لها الميراث عند فقد الأم الحقيقية ، كالجد الصحيح عند فقد الأب ، فيراثها مؤيد بالنقل والعقل .

وعلى هذا الأساس فإنها ترث باعتبارها أماً ؛ ولذلك تحجب الجدات من أى جهة كانت ، من جهة الأب ، أو من جهة الأم ، عند وجود الأم ؛ لأن المجاز لا يثبت عند وجود الحقيقة ، فحيث أمكن إعمال الحقيقة لا يثبت المجاز .

١٢٧ م — وللجدة حالان :

(إحداهما) أن ترث السدس ، تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الأكثر من واحدة ، فإذا كان للمتوفى أم أم أخذت السدس ، وكذلك إذا كانت له أم أب ، وإن كان له أم أم ، وأم أب اشتركتا فى السدس، ومهما تعددت درجات الجدات فإنهن يأخذن السدس بشرط أن يتحدن فى الدرجة ، فإذا كان للمتوفى أم أم أم ، وأم أب أب ، وأم أم أب ، فإنهن جميعاً يشتركن فى السدس ، من غير تفرقة بينهن فى ذلك .

وإن كانت واحدة منهن ذات قرابتين،فانها تأخذ مقداراً مساوياً لذات القرابة الواحدة ، فإذا كان للمتوفى أم أم أب ، وأم أبى أب ، هى أيضاً أم أم أم فإن السدس يكون بينها نصفان ، ولا تستحق الثانية نصيب اثنتين ؛ بل نصيب واحدة لأنها وإن كانت تتصل بالميت عن طريقتين،وهما طريق أم أم ، وطريق جده —

القرابة واحدة ، والجهة واحدة ، وحيث اتحدت الجهة ، واتحدت القرابة ، فقد اتحد سبب التوريث ، وإذا اتحد سبب التوريث لا يرث الوارث إلا نصيباً واحداً وهذا هو ما نص عليه القانون ، وهو قول الإمام أبي يوسف من أئمة المذهب الحنفي [١] ، ومذهب مالك والشافعي رضي الله عنهما .

هذه هي الحال الأولى ؛ أما الحال الثانية فهي حجبها ، وعدم استحقاقها شيئاً ، وهي تحجب في ثلاث أحوال :

أولاها — عند وجود الأم ؛ فان الأم تحجب كل الجدات ، سواء أكن أبويات أم كن من جهة الأم ؛ لأن الجدات جميعاً يرثن بوصف كونهن أمهات مجازا ، فلا يرثن عند وجود الأم الحقيقية ، ولأن الأثر الوارد الذي ورثت الجدة السدس بمقتضاه كان في حال وفاة الأم ، ولم يرد أثر بميراثهن مع وجود الأم ، فيقتصر على مورد النص ، ولا يتجاوزه ؛ لأنه ليس لهن فرض صريح في القرآن الكريم .

ثانيها — أن الأبويات يحجبن بالأب، فالأب يحجب أم الأب، ولا يحجب أم الأم ولو علت درجتها ؛ وذلك للقاعدة المشهورة أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ؛ وأم الأب أدلت بالأب ، ولكن أم الأم لم تدل به ، مهما تكن درجتها ؛ وهنا نجد فرقاً بين الأم والأب من حيث حجب الجدات ، فالأم تحجب الجدة من أي جهة كانت ، والأب لا يحجب إلا التي من جهة الأب ، وحجب الأم للجدات ليس سببه الإدلاء من جهتها حتى يقتصر على الجدات اللاءى يدلين بها ، بل سببه أنهن يرثهن بوصفهن أمهات مجازا ، ولا يعمل المجاز مع وجود الحقيقة كما بينا .

---

(١) ويقابله مذهب الإمام محمد رضي الله عنه ، وهو أن الجدة ذات القرابتين ترث بالقرابتين ، أي تأخذ كجدتين ، ففي المسألة المذكورة في الأصل ؛ وهي أم أم أب ، وأم أبي أب هي أم أم تأخذ الثانية نصيب اثنتين ، فيقسم السدس أثلاثاً ؛ ولا يقسم اثنين وحجة ذلك الرأي أن القرابة إذا تعددت يرث بالقرابتين ، كما إذا تعددت الجهة فإنه يرث بالجهتين ، فلو كان أخ لأم هو ابن عم يرث باعتباره ابن عم ، وباعتباره أخا لأم ، فكذلك إذا تعددت قرابة الجدة الواحدة ورثت كجدتين عند التعدد .

ومثل الأب في حجب الأبويات الجد الصحيح بالنسبة لكل جدة تدلى به ، فإنه يحجبها ، فأبو الأب يحجب أم أبي الأب ؛ لأنها تدلى به ، ولكنه لا يحجب أم الأب ، لأنها لا تدلى به .

ثالثها — أن القربى تحجب البعدى من أى جهة كانت ، ولو كانت القربى محجوبة ، فلو كان للمتوفى أم أب ، وأم أم أم ، فالسدس لأم الأب ، ولا تأخذ الأخرى شيئاً ؛ وإذا كان أم أم وأم أبي أب ، فالسدس لأم الأم ؛ ولا شيء للأخرى ، وكذلك لو كان للمتوفى أب وأم أب ، وأم أم أم ؛ فلا شيء للجدات ؛ لأن أم الأب محجوبة بالأب ، وأم أم الأم محجوبة بأم الأب ؛ لأنها أقرب منها ، والقربى تحجب البعدى ؛ ولو كانت البعدى محجوبة كما ذكرنا ، إذ المحجوب قد يحجب غيره ، فالأخوات ولو كن محجوبات بالأب يحجبن الأم من الثلث إلى السدس ؛ إنما الذى لا يحجب هو الممنوع من الميراث ، لقيام مانع من موانع الارث به ، فانه يكون فى حكم المعدوم كما نوهنا مراراً .

وإنما كانت القربى من أى جهة تحجب البعدى ؛ لأن القربى بالنسبة للبعدى كالأم بالنسبة للجدات جميعاً ، وهى إذا وجدت حجبتهن من أى جهة كانت ، فكذلك إذا كانت فيهن واحدة أقرب من غيرها ، فانها تحجبهن جميعاً من أى جهة كن (١) .

١٢٨ — هذه أحوال الجدات على ما عليه العمل الآن بمقتضى قانون الميراث وهو مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه ، وليس فيه شيء من غيره من المذاهب ،

---

(١) اشتملت المادة — ١٤ — على ميراث الأمهات والجدات ، وهذا نصها : « للأم فرض السدس مع الولد أو ولد الابن وإن نزل ، أو مع اثنين أو أكثر من الأخوة والأخوات ، ولها الثلث فى غير هذه الأحوال ، غير أنها إذا اجتمعت مع أحد الزوجين والأب فقط كان لها ثلث ما بقى بعد فرض الزوج ، والجدة الصحيحة هى أم أحد الأبوين أو الجد الصحيح ، وإن علت ، وللجدة أو الجدات السدس ، ويقسم بينهن على السواء ، لا فرق بين ذات قرابة ، وذات قرابتين .

ولنفصل أصل ذلك المذهب ، قبل أن نذكر أو نشير إلى المذاهب الأخرى .

إن المذهب الحنفى فى توريث الجدات ، قد اشتق من رأى على ، وزيد بن ثابت رضى الله عنهما ، وخلاصة ذلك المذهب ، كما جاء فى المبسوط أن كل جدة تدلى إلى الميت بعاصب أو صاحب فرض تكون وارثة ، فإذا كان يتوسط بينها وبين الميت من ليس بعاصب ولا صاحب فرض فهى غير وارثة ، بل تكون على حسب من أدلت به ، وعلى ذلك إذا كانت أم أبى أب مهما علت فهى وارثة ومن أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بعاصب ، وأم الأم تكون من أصحاب الفروض ، لأنها تدلى بصاحب الفرض ، ومثلها من علت ، أما إذا كانت تدلى بذى رحم ، فإنها تكون من ذوى الأرحام ، فإذا كانت أم أبى أم فهى أدلت بجد غير صحيح ، فتكون مثله .

هذا هو مذهب أبى حنيفة وما اشتق منه ، وهو أقيس المذاهب فى الجدة ، واضبطها ، وليس فيه إلا قول واحد من ناحية الوارثات من الجدات .

أما الأئمة الأخرى ، فقد اختلفت أقوالهم والمشهور عن الشافعى أنه يقول قول الحنفية بالنسبة لأصل ميراث الجدات ، وفى مذهبه قول كمالك . بيد أنه ليس المشهور فيه .

ومذهب مالك أن الجدات من قبل الأم جميعاً يأخذن فرض السدس مهما علت درجتهن ، لأنهن قائمات مقام الأم مهما علون ، ما دام لا يتوسط فى نسبتهن جد بين أمين ، أى جد غير صحيح ، وأيضا فإن الأثر الصحيح قد أثبت ميراث أم الأم ، وبه قضى أبو بكر رضى الله عنه ، ويقاس على أم الأم أمهاتها مهما علون ، لأنه لا فرق بينهن وبينها إلا فى القرب والبعد ، وذلك ليس بذى أثر فى استحقاق السدس ، وإنما أثره فى الترجيح بينهن ، ومثل الجدات من قبل الأم الجدات أمهات الأب ، فأم الأب تستحق ، وأمها كذلك تستحق ، وهكذا مهما علت ، وذلك لأن فتاوى الصحابة على أن أم الأب ترث السدس ، وتشارك أم الأم ، ويكاد ينعقد الإجماع على هذا ، وأمها مثلها ، فتستحق ما تستحقه ، لما ذكرنا من أن القرب والبعد لا أثر له فى أصل الاستحقاق ، متى وجد السبب ،

إنما أثره فى ترتيب درجات الاستحقاق ، وأما الجدة أم أبى الأب مهما علت ، فإنها لا تستحق بالفرض عند مالك ، لعدم وجود أصل من الأثر يعتمد عليه ويجرى فيه القياس ؛ لأن الآثار قد وردت بميراث أم أم ، وأم الأب ، وأجرى القياس فى أمهاتهن ، ولم يرد الأثر بميراث أم أبى الأب ، فلا أصل لميراثها ، ولا لمن يعلوها من أمهاتها ، فلا نص ولا يصح أن تقاس على أم الأب ، لأن أمهات الأب طائفة غير طائفة أمهات الجد ، وما ثبت للأولى لا يثبت للثانية إلا بدليل .

ومذهب مالك أخذ من رأى سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه .

ومذهب الامام أحمد كمذهب مالك غير أنه زاد عليه ميراث أم أبى الاب وإن علت ، ولم يجعل لام أبى أبى الاب شيئا ، وذلك للأسباب التى ذكرناها فى مذهب مالك رضى الله عنه ، وإنما خالف مالكا فى أم أبى الاب ؛ لما ورد من أن عمر رضى الله عنه سئل عن أربع جدات أم أم أم ، وأم أم أب ، وأم أبى أب وأم أبى أم ، فأعطى الثلاث الاولى دون الرابعة ؛ وعلى ذلك تستحق عنده أم أبى الاب بهذا الاثر ، وهو بذلك يقرب من الحنفية ، ولكنه لا يسير سيرهم من حيث التعميم . لكل أمهات الاجداد مهما علا الجد الذى تنتسب إليه الام ، وقد قال هذا القول إبراهيم النخعى من التابعين ، وروى أن النبى ﷺ ورث ثلاث جدات هن اللاءى ورثهن من بعد أحمد بن حنبل .

١٢٩ — والإجماع يكاد يكون [١] منعقداً على أن الجـــدات لا يرثن إلا السدس ، لورود الاثر بذلك ، تنفرد به الواحدة ، ويشترك فيه الاكثر من واحدة إذا كن فى درجة واحدة ، فإذا كان ثمة أم أم وأم أب فالسدس بينهما ، وإذا كانت أم أم أم ، وأم أم أب فالميراث بينهما ، وهكذا إلا إذا كانت

(١) مذهب ابن عباس أن الجدات جميعاً لا يأخذن عير السدس إلا أم الأم ، فإنها تقوم مقام الأم فى فريضة الأم ، فتأخذ السدس الذى كانت تستحقه الأم ، والثلث إن كانت تستحقه ، وبهذا الرأى أخذ ابن سيرين . وحجته هى قياس أم الأب على أبى الأب ، فكما أن أبا الأب يرث ما يرثه الأب ، فكذلك أم الأم ترث ما ترثه الأم .

إحدى الجدات لاترث أصلا ، لانها غير صحيحة ، فليس لها نصيب ، ولكن إذا كانت إحداها قريبة ، والاخرى بعيدة ، كأن تكون هناك أم أم أم ، وأم أب ، فإن المذهب الحنفي كما علمت أن القربى تحجب البعدى[١]، من أى جهة كانت، ومذهب مالك أن القربى إن كانت من جهة الأم تحجب البعدى ، وإن كانت القربى من جهة الأب فإنها لاتحجبها . بل تشتركان فى السدس .

وحجته فى ذلك أن الجدة التى تكون من قبل الأم أقوى فى سبب الميراث لان الجدات يرثن بوصف كونهن أمهات مجازاً ، فالمتصلات بالام أقوى فى ذلك من المتصلات بالاب ، لاتصالهن بالميت عن طريق الام الحقيقية ؛ فاذا كن أقرب إلى الميت ، فقد تقوت تلك الارجحية ، فتنفرد بالاستحقاق القربى ، وإن كانت القربى هى أم الاب ، فقد صارت لها قوة ترجيح بقربها ، كما للأخرى قوة ترجيح بطريق اتصالها ، فتساوتا فتشتركان فى السدس .

وهذا الرأى قد أخذ به بعض الشافعية ، وقيل إنه الراجح عندهم ؛ وهومأخوذ من إحدى الروايتين عن زيدبن ثابت رضى الله عنه .

والحنفية فيما حكينا لك من أن القربى تحجب البعدى من أى جهة كانت قد أخذوا برأى على ، والرواية الاخرى عن زيد ، ويتفق معهم الحنابلة وبعض الآراء فى المذهب الشافعى ويرجحه كثيرون منهم وقد بينا دليله من قبل .

وقد اتفق الفقهاء على أنه إذا اتحدت جهة القرابة ، فان القربى تحجب البعدى، وموضع الخلاف هو ما بينا .

١٣٠ — والعلماء يجتمعون على أن الام تحجب الجدات جميعاً ، ويكادون يجتمعون على أن الاب يحجب الجدات الابويات ، لانهم يدلين إلى الميت به ، ولم يخالف فى ذلك إلا ما جاء فى مذهب أحمد بن حنبل من أن الاب لايحجب

---

(١) روى عن ابن مسعود أن القربى لاتحجب البعدى أصلا ، لاشتراكهن جميعاً فى الوصف ، وسبب الإستحقاق ، إلا أن تكون البعدى هى أم القربى ، فإنها تحجبها .

الابويات ؛ لانهن يرثن السدس ، أو يشتركن فيه ـ باعتبارهن من الأمهات ؛ فلم يكن الأب سبب الميراث ، وإن كان سبب القرابة ، كالشأن فى أولاد الأم يرثن مع الام ؛ لان السبب هو الاخوة ، فيرثن مع وجودها ، وإن كانت هى صلة القرابة وإن هذا الرأى ينسب إلى أبى موسى الاشعرى ؛ والرأى الذى عليه جمهور الفقهاء هو رأى جمهور الصحابة ، وهو مروى أيضا عن أبى موسى الاشعرى .

نظرة عامة فى أصحاب الفروض

١٣١ — هذه أحوال أصحاب الفروض قد بيناها ، وشرحنا ما جاء بالقانون ثم بينا إختلاف الفقهاء فى مواضع الخلاف ؛ ليتبين ما أخذ القانون منها ، وما ترك وبه يعرف المصدر الفقهى له معرفة دقيقة ؛ فيرجع إلى الاصل الذى اشتق منه ؛ إن وجد ما يضطر القاضى إلى الرجوع .

(ا) وقد تبين مما تقدم أن من أصحاب الفروض من يكون دائما أصحاب فروض ، ولا يكون عصبات قط ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بأنفسهم ، ومنهم من يكونون أصحاب فروض ويكونون عصبات بغيرهم . فالزوجان والاخوة لام ، والام والجدة لايكونون إلا أصحاب فروض ؛ ولا يكونون عصبة قط ، والاب والجد قد يكونان عصبة بأنفسهم عند عدم وجود فرع وارث مطلقا ، وعند وجود فرع وارث مؤنث ؛ لان كل واحد منهما فى هذه الحال يكون أولى رجل ذكر ، فيكون له ما بقى .

والأخت الشقيقة ولأب تكون كل منهما عصبة بالأخ الشقيق أو لأب ؛ ومثل ذلك البنت وبنت الإبن ، فإن البنت قد تكون عصبة بالابن ، وبنت الإبن قد تكون عصبة بابن الابن . وقد بينا ذلك فى موضعه .

(ب) وقد تبين أن من أصحاب الفروض من لا يحجب حجب حرمان قط ؛ ومنهم من يحجب حجب حرمان أحيانا ؛ فالزوجان والبنت والأب والأم لا يحجبون حجب

حرمان فقط ، بل ينتقل نصيبهم من الأكثر إلى الأقل ، ولكن فى دائرة الاستحقاق . والباقون قد يحجبون حجب حرمان ، على ما بين فى موضعه .

(حـ) وقد تبين أن الفروض المقدرة فى كتاب الله تعالى هى الثمن والربع والنصف ، والسدس والثلث والثلثان ، وقد تبين مما شرحنا ما يستحقه كل ذى فرض منها .

وعند اجتماع الفروض أو بعضها يوحد أصلها ليمكن بيان كل واحد منها ، ولذلك نذكر أصول المسائل ومخارج الفروض .

أصول المسائل وتصحيحها

١٣٢ م — هذا باب يعقده الفرضيون لبيان أصول المسائل وطريقة استخراج حصة كل وارث بالسهام ، فتعرف الأنصبة حصصاً شائعة فى التركة غير مبينة بالمقدار المالى فيها ، بحيث تقسم عليها التركة من بعد بيانها ، ويعرف مقدار كل وارث بالمال بعد بيانه بالسهام ، ثم إنه بمعرفة أصل كل مسألة ومعرفة مقدار نصيب كل وارث بالسهام لا يكون ثمة حاجة إلى معرفة مقدار التركة ، فيمكن معرفة حصة كل وارث قبل أن يعلم مقدار التركة بالتعيين ، فإن معرفتها قد تستغرق آماداً طوالا . ومن الضرورى معرفة حصة كل وارث فيها من قبل ذلك ، وهذا لا يستبين من غير معرفة أصل المسألة .

ونقول فى سبيل ذلك إنه إن كان الورثة جميعاً عصبات يمكن معرفة سهام كل وارث ، بمعرفة عددهم ، وحالهم من حيث الذكورة والأنوثة ، فيكون للذكر مثل حظ الانثيين . فإن كان الورثة ثلاثة إخوة أشقاء وأربع أخوات شقيقات كانت القسمة من عشرة ، لأن كل أخ يأخذ نصيب أختين ، فتكون سهام الأخوة ستة ، وسهام الأخوات أربعة ، ويكون المجموع عشرة ، للأخت منها واحد من عشرة ، وللأخ اثنان من عشرة .

١٣٣ م — وإن كان فى المسألة صاحب فرض واحد اعتبر مخرج نصيبه أصل

المسألة ، ومخرج النصيب هو مقام الكسر الدال على نصيبه ، فإذا كان فى المسألة أب وأم فان الأم تستحق الثلث ، ويكون أصل المسألة هو ثلاثة ، فيكون للأم سهم ، وللأب الباقى وقدره سهمان ، وإن كان الورثة زوجة وأباً فأصل المسألة يكون أربعة ؛ لأن الزوجة لها الربع ، فيكون لها سهم ، وللأب الباقى ثلاثة أسهم . وإن كان صاحب فرض واحد وتعدد العصبات جعل أيضاً مخرج نصيب صاحب الفرض ، كأن يكون المتوفى ترك زوجاً ، وبنتاً وابناً ، فإن الزوج يستحق الربع ، ويكون أصل المسألة أربعة يأخذ الزوج واحداً ، والباقى يكون للابن والبنت للذكر مثل حظ الانثيين ، فيكون للابن سهمان ، وللبنت سهم واحد .

١٣٤ م — وإن تعدد أصحاب الفروض فى المسألة ؛ كان أصل المسألة هو أصغر عدد يقبل القسمة على المخارج كلها ، وقد يكون أحد هذه المخارج ، ولنضرب لذلك أمثلة موضحة .

(ا) إذا كان قد توفى عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن . وابن ابن ؛ فإن الزوجة تستحق الثمن . والبنت تستحق النصف ، والباقى لأبن الابن وبنت الابن للذكر مثل حظ الانثيين ويكون أصل المسألة ثمانية ، وهو مخرج نصيب الزوجة وقد استحقت منه سهماً ، واستحقت البنت أربعة أسهم ، والباقى لبنت الابن ، وابن الابن للذكر مثل حظ الانثيين ، وهو ثلاثة أسهم ، فيكون للأنثى سهم ، والسهمان لابن الابن .

(ب) وإذا كان المتوفى قد ترك زوجاً ، وأباً ، وأماً ، وأختاً شقيقة ، وأخاً لأب ، فان الزوج ، يستحق النصف ، والأم تستحق السدس ، والاب يستحق الباقى ولا شىء للأخت والاخ ، لوجود الاب ، ويكون أصل المسألة ستة للزوج منها ثلاثة ، وللأم واحد ، والباقى للاب وقدره سهمان .

(حـ) وإذا كان الورثة زوجاً ، وأبا ، وابنة ، فان الزوج يستحق الربع ، والاب يستحق السدس مع الباقى بالتعصيب ، والبنت النصف ، ويكون أصل

المسألة ١٢ لأن أصغر عدد يقبل القسمة على أربعة ، واثنين ، وستة هو — ١٢ يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنت تستحق ستة ، والأب اثنين بالفرض وواحدا بالتعصيب .

(ى) وإذا كان الورثة زوجة ، وأما ، وبنتا ، وأختاً شقيقة ، فان الزوجة تستحق الثمن ، والبنت تستحق النصف ، والأم تستحق السدس ، والأخت الشقيقة تأخذ الباقى ، ويكون أصل المسألة ٢٤ ، لأن ذلك أصغر عدد يقبل القسمة على ثمانية وستة واثنين ؛ وعلى ذلك تستحق الزوجة ثلاثة ؛ وتستحق الام أربعة ، وتستحق البنت اثنى عشر سهما ، وتستحق الأخت الباقى وقدره خمسة أسهم .

١٣٥ — ومما تقدم يتبين أن أصل المسألة قد يكون ٢ وقد يكون ٣ وقد يكون ٤ وقد يكون ٦ وقد يكون ٨ وقد يكون ١٢ وقد يكون ٢٤

وإنه إذا كانت ثمة تركة تقسم على أصل المسألة إذا كان هناك صاحب فرض ، ويعطى كل واحد من الورثة ما خص سهامه من أموالها ، وبذلك ينتقل النصيب من بيانه بالسهام ، أو النسب التقديرية إلى البيان بمقداره المالى من أصل التركة ؛ وإن العمل الأخير يستطيع أى حسابى أن يتولاه ، بعد أن تولى الفرضى بيان السهام المقدرة المبينة للحقوق بنسبها من غير تعيين مقدارها .

١٣٦ م — التصحيح: وقد يكون القدر من السهام الذى يستحقه فريق من الورثة لايقبل القسمة عليهم ، كأن يكون الورثة زوجة ، وبنتا ، وابنا ، فإنه فى هذه الحال يكون أصل المسألة ثمانية ـ استحقت الزوجة منها سهما ، وخص الابن واخته سبعة ، وهى لاتقبل القسمة على ثلاثة، ويراد معرفة مقدار نصيب كل واحد بالسهام ، والسهام لا يصح أن تبين بالكسور ، لأنها أرقام فرضية ؛ ولتكون النسب واضحة جلية تستبعد الكسور ، ولذلك تصحح بأن يضرب أصل المسألة فى أقل عدد يمكن معه أن يستحق كل وارث بمفرده قدراً من السهام برقم صحيح، لا كسر فيه وهو هنا ثلاثة ، فالتصحيح إذن هو تضعيف أصل المسألة عندما يدخل نصيب أحد الورثة الكسر ، فيضرب فى أقل عدد يمكن أن يزول معه ذلك الكسر ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

(ا) إذا كان الورثة زوجا ، وأختاً لأب ، وثلاث بنات ابن ، وبنتاً ، فانه يستحق الزوج الربع ، والأخت لأب الباقى ، والبنت النصف ، وثلاث بنات الابن السدس ، ويكون أصل المسألة هو ١٢ استحق الزوج ٣ واستحقت البنت ٦ واستحقت بنات الابن الثلاث اثنين ، وخص الأخت سهم واحد ، ولكن السهمين لا يقبلان القسمة على ثلاثة ، فيصحح أصل المسألة بأن يضرب فى ثلاثة فيصير ٣٦ ، ويعطى الزوج ٩ والبنت ١٨ وبنات الابن ٦ لكل واحدة سهمان ، والاخت لأب ٣

(ب) وإذا كان الورثة زوجة ، وبنت ابن ، وابن ابن ، وأما ، فان الزوجة تستحق الثمن ، والام تستحق السدس ، وبنت الابن وابن الابن عصبة يأخذان الباقى للذكر مثل حظ الانثيين ؛ فيكون أصل المسألة ٢٤ استحقت الزوجة ٣ والأم ٤ والباقى لبنت الابن ، وابن الابن ، وقدره ١٧ يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين ؛ ولكن العدد ١٧ لا يقبل القسمة على ثلاثة ، فيضرب أصل المسألة فى ٣ فيكون ٧٢ وعلى ذلك يكون للزوجة ٩ وللأم ١٢ وللعصبة ٥١ استحقت بنت الابن ١٧ وابن الابن ٣٤

(حـ) وإذا كان الورثة زوجتين وأما وبنتا وأربع أخوات شقيقات ؛ فان الزوجتين تستحقان ثمن التركة ، والأم تستحق السدس ، والبنت النصف ، والباقى للأخوات الأربع ، وعلى ذلك يكون أصل المسألة ٢٤ ، الثمن — ٣ — والنصف ١٢ والسدس ٤ والباقى — ٥ — هى للأخوات ، ولكن نصيب الزوجتين لا يقبل القسمة على ٢ — ونصيب الأخوات لا يقبل القسمة على — ٤ — ولذلك نحتاج إلى تصحيحين ، فى الظاهر ، ولكن أحدهما يغنى عن الآخر ، لأن الضرب فى ٤ يغنى عن الضرب فى — ٢ — وعلى ذلك يضرب أصل المسألة فى — ٤ — فيصير — ٩٦ —

العول

١٣٧ م — العول معناه زيادة عدد السهام عن أصل المسألة ، بأن يكون أصحاب الفروض قد استحقوا عدة أنصبة ، ومجموعها يزيد على الواحد الصحيح وفى هذه الحال لا يأخذ كل ذى سهم نصيبه كاملا ، بل ينقص منه بنسبة هذه الزيادة ؛ ولكى يكون النقص بنسب تتفق مع الأنصبة تماماً سار الفقهاء على طريقة العول ، وذلك بأن يستخرج أولا أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض سهامه على أساس ذلك الأصل ، ثم تجمع السهام ، فيتبين أنها أكثر من أصل المسألة ، فتقسم التركة على عدد السهام ، ولا تقسم على أصل المسألة ؛ ولنضرب لذلك مثلا ؛ إذا كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، فإنه فى هذه الحال تكون الأنصبة أكثر من الواحد الصحيح ؛ ويقسم هكذا .

أولا — يعطى كل ذى فرض نصيبه ، فيعطى الزوج النصف ، والأخت الشقيقة النصف ، والأم السدس ، والأخت لأب السدس تكمله للثلثين .

ثانياً — يستخرج أصل المسألة ، وهو ستة ، فيكون للزوج منها ثلاثة ، وللأخت الشقيقة مثله ثلاثة ، وللأم واحد ، وللأخت لأب واحد ؛ فيكون المجموع ثمانية أسهم ، وتكون قد عالت باثنين زائدين ؛ وتقسم التركة على عدد السهام ، فاذا كانت مائتى فدان يكون نصيب السهم ٢٥ ف ويستحق الزوج ٧٥ ، والأخت الشقيقة ٧٥ ، والأم — ٢٥ — والأخت لأب — ٢٥ —

وترى من هذا أن كل نصيب نقص بنسبة ما زاد فى المسألة من أسهم ، فقد صار النصف ثلاثة أثمان ، والسدس ثمناً ، ويكون ما نقصه كل واحد هو بنسبة ما نقصه الآخر من غير ظلم لأحد .

١٣٨ م — ولقد وجد بالاستقراء أن أصول المسائل التى تعول هى ما كان أصله ستة ، وما كان أصله اثنى عشر ، وما كان أصله ٢٤ ، ولنبين ما يعول إليه كل أصل من هذه الأصول .

(ا) إذا كان أصل المسألة ستة ، فإنها قد تعول إلى سبعة ، وإلى ثمانية ، وإلى تسعة ، وإلى عشرة .

ومثال ما يعول إلى سبعة زوج واختان شقيقتان ، فإن الزوج يأخذ النصف وعدد السهام له ثلاثة ، والأختين تأخذان الثلثين ، وعدد سهامها أربعة ، فيكون المجموع سبعة .

ومثال ما يعول إلى ثمانية : زوج وأختان لأب ، وأم ، فإن الزوج يأخذ النصف وقدره ثلاثة أسهم ، والأختين لأب تأخذان الثلثين ، وقدرهما أربعة أسهم ، والأم السدس ، وقدره سهم ، فيكون المجموع ثمانية أسهم .

ومثال ما يعول إلى تسعة : زوج ، وأختان شقيقتان ، وأخوان لأم ، فان الزوج يأخذ النصف وقدره ثلاثة ، والأختين تأخذان الثلثين ، وقدرها أربعة ، والأخوين لأم يأخذان الثلث ، وقدره إثنان ، فيكون المجموع تسعة أسهم .

ومثال مايعول إلى عشرة أن يكون فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخت لأب ، وأخوان لأم ، وأم ، فيكون للزوج النصف بثلاثة أسهم ، وللأخت الشقيقة مثله ، وللأخت لأب السدس بسهم واحد ، وللأخوين لأم الثلث بسهمين وللأم السدس بسهم واحد ، فيكون المجموع عشرة .

(ب) وإذا كان أصل المسألة اثنى عشر ، فقد تعول إلى ثلاثة عشر ، وخمسة عشر ، وسبعة عشر ، ولنضرب الأمثلة على ذلك .

مثال مايعول من المسائل إلى — ١٣ — أن يكون فى المسألة زوجة وأم وأخت لأب ، فيكون للزوجة الربع ، وللأم الثلث ، وللأخت لأب النصف ، فيكون أصل المسألة — ١٢ — وتستحق الزوجة ثلاثة أسهم ، والأخت ستة أسهم ، والأم أربعة أسهم ، ويكون المجموع ثلاثة عشر .

ومثال مايعول من المسائل إلى — ١٥ — أن يكون فى المسألة زوج وبنتان ، وأم وأب ، فانه يكون للزوج الربع ، وللبنتين الثلثان ، وللأم السدس وللأب مثله ،

ويكون أصل المسألة من — ١٢ — يستحق الزوج ثلاثة أسهم ، والبنتان ثمانية أسهم ، والأب سهمين ، والأم سهمين ، فيكون المجموع خمسة عشر سهماً .

ومثال ما يعول إلى ١٧ أن يكون فى المسألة زوجة ، وأم ، وأختان لأب ، وأخوان لأم ، فيكون للزوجة الربع ، وقدره ثلاثة أسهم ، وللأب السدس وقدره سهمان ، وللأختين لأب الثلثان ، وقدرهما ثمانية أسهم ، وللأخوين لأم الثلث ، وقدره أربعة أسهم ، فيكون المجموع سبعة عشر سهماً .

حـ — وإذا كان أصل المسألة ٢٤ فإنها لا تعول إلا إلى سبعة وعشرين ، ومثال ذلك أن يكون فى المسألة زوجة ، وبنتان ، وأم ، وأب ، فإن الزوجة تستحق الثمن ، والأب يستحق السدس ، والأم مثله ، والبنتان تستحقان الثلثين ، وأصل المسألة يكون أربعة وعشرين ، ويكون للزوجة ثلاثة أسهم ، وللأب أربعة ، وللأم أربعة ، وللبنتين ستة عشر سهماً . فيكون المجموع سبعة وعشرين سهما [1] .

١٣٩ — هذا هو العول ، وهذه هى صوره وأمثلته ، ويرى أنه توزيع عادل بين أصحاب الفروض ، إذا زادت عن الواحد الصحيح ، فانه يكون التوزيع بينها بنسبها ، لا بمقاديرها الأصلية ، ومثله فى ذلك مثل الديون إذا ضاقت التركة عن سدادها ؛ فانها تقسم قيمتها بينهم بنسبة ديونهم ، فكذلك إذا ضاقت التركة عن أن تسع الفروض المقدرة كلها وزعت بين أصحابها بنسبها ، واختاروا طريقة العول ، وهى التقسيم على عدد السهام ، من غير نظر إلى أصل المسألة ؛ لأن السهام هى التى تبين النسب ، فاختير مجموعها لتقسيم التركة عليه ، وبذلك يتحقق العدل من أقرب طريق ، ولقد وصل إليه عمر رضى الله عنه ببصيرته النافذة ، فكان أول من حكم بالعول ، وروى أنه حكم به باشارة العباس رضى الله عنه ، فانه يروى أنه وقع فى عهد الفاروق مسألة ضاق مخرجها عن فروضها ، فشاور الصحابة فيها ، فأشار العباس

---

(١) أحكام العول قد جمعتها المادة — ١٥ — من القانون ونصها :

« إذا زادت أنصباء أصحاب الفروض على التركة قسمت بينهم بنسبة أنصبائهم » .

رضى الله عنه إلى العول ، وقال أعيلوا الفرائض ، فتابعوه على ذلك ، ولم ينكره أحد ، وروى الزهرى عن ابن عباس أنه قال : « أول من أعال الفرائض عمر بن الخطاب لما التوت عليه ، ودافع بعضها بعضا ، قال : والله ما أدرى أيكم قدم الله ، ولا أيكم أخر ، وكان أمرا ورعا ، فقال ما أجد شيئا هو أوسع لى أن أقسم المال عليكم بالحصص ، وأدخل على كل ذى حق ما دخل عليه من عول الفريضة » . وقد روى العول عن على رضى الله عنه ، فقد سئل عن بنتين وأبوين وزوجة فقال « صار ثمنها تسعا » ، لأن المسألة ، عالت إلى سبعة وعشرين ، فصارت ثلاثة الأسهم تسعا ، بعد ما كانت فى الأصل ثمنا .

ومع موافقة جمهور الصحابة على رأى عمر فى العول قد خالفه ابن عباس ، وأنكر شرعيته ، وقرر أنه تنقص الفرائض القابلة لزوال الفرضية بالحجب أو التعصيب ، فان كان فى المسألة زوج وأم وأخت شقيقة وأخت لأب ، فانه يكون للزوج النصف كاملا ، وللأم نصيبها كاملا ، وللأخت الشقيقة ، ولأب الباقى بنسبة النصف إلى السدس .

والأساس فى هذا المذهب أمران :

أحدهما — أن بعض الفرائض أقوى من بعض ، وذلك لأن بعض الفرائض لا يقبل السقوط قط ، وبعض الفرائض يقبل السقوط ، ولا شك أن الفرائض التى لا تقبل السقوط أقوى من الفرائض التى تقبله ، إذ أن هـــذه ما ثبتت إلا لقوتها ، وعلى ذلك ينهار الأساس الذى قام عليه العول ، إذ العول مبنى على أنه لا يدرى أى الفرائض يبقى على حالها ، وأيها ينقص منه .

ثانيهما — أنه تقاس حال زيادة الفرائض على حال التعصيب ، ففى التعصيب بالغير تأخذ صاحبة الفرض أقل مما كانت تأخذه ، وفى مسائل تعارض الفرائض لو زدنا على بعض أصحاب الفرائض من يكون عصبة به لا يكون تنازع ، ففى حال ما يكون أم وزوج وأخت شقيقة ، لو أضفنا إلى المسألة أخا شقيقا ما كان تنازع للفرائض ، لأن الأم ستأخذ السدس ، والزوج سيأخذ النصف ، والأخت الشقيقة تأخذ

مع الأخ الشقيق الباقى ، وبالاستقراء فى كل مسألة فيها زيادة الفروض عن التركة — صاحبة فرض كان يمكن أن تعصب بالغير ؛ وعلى ذلك تفرض حالها كما لو وجد الذكر ، فتأخذ الباقى بعد أصحاب الفروض الثابتة التى لا تقبل الزوال .

وترى من هذا أن ذلك الرأى له أساس فقهى جيد ؛ ولذلك قال فيه ابن شهاب الزهرى : « لولا أنه تقدم ابن عباس إمام عدل ، فأمضى أمره ، وكان أمرأ ورعا ما أختلف على ابن عباس اثنان من أهل العلم » . وإنه لو أخذ بمذهب ابن عباس لذهب كثير من غرائب الاقضية ، فما يكون أخ مشئوم ولا ابن ابن مشئوم ؛ إذ أن أساس ذلك أن تأخذ فى حال الفرض ، ولا تأخذ فى حال التعصيب ، ولو طبق هذا المذهب لتقارب مقدار الفرض مع مقدار التعصيب ، ولقل ذلك التنافر العقلى بين بعض المسائل ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢ — العصبات النسبية

١٤٠ م — بينا أصحاب الفروض وأنصبتهم ، وهم الذين يأخذون حقهم من التركة أولا ، والآن نتكلم ، فيمن يليهم ، وهم العصبة النسبية ، والعصبة النسبية مقابلة للعصبة السببية ؛ ويراد بالسببية المعتق وعصبته الذكور ، وقد كانت فى الماضى تلى العصبة النسبية مباشرة ، وتسبق الرد ، وتسبق ذوى الأرحام ، ولم يكن ثمة رد على الزوجين ؛ والآن هى مؤخرة عن الرد ، وعن ذوى الأرحام .

والعصبة النسبية هم أقارب الميت من الذكور ومن ينزل منزلتهم من الإناث ، الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ؛ كالابن ، وابن الابن ، والأب وأبى الأب والأخ الشقيق وابنه ، والأخ لأب ،والعم شقيق الأب ، وفروعه الذكور ، وهكذا ، والبنت والابن الخ .

ومرتبتهم فى التقسيم بعد أصحاب الفروض ، وليس معنى ذلك أنهم فى جملتهم بعد أصحاب الفروض فى جملتهم فى الاستحقاق ، بل المراد أنه عند تقسيم التركة يعطى أصحاب الفروض أولا ، ثم يعطى الباقى للعصبة ، للذكر مثل حظ الأنثيين . فالترتيب ترتيب تقسيم لا ترتيب استحقاق ؛ لأنه قد يكون من العصبة من يحجب بعض أصحاب الفروض حجب حرمان أو نقصان ، فالأصل المذكر يحجب أولاد الأم ، والفرع المذكر يحجب الإخوة والأخوات جميعاً حجب حرمان ، ويحجب الأم حجب نقصان ، وهكذا .

فالترتيب بين العصبات فى مجموعهم ، وذوى الفروض فى مجموعهم ترتيب قسمة لا ترتيب أولوية .

١٤١ — والأصل الذى بنى عليه التوريث بالتعصيب يقوم على ثلاثة أمور :

أولها — قوله تعالى فى شأن الأولاد : « يوصيكم الله فى أولادكم ، للذكر مثل حظ الأنثيين » وبين مع ذلك استحقاق كل من الأم والأب السدس ،

فدل هذا على أن الأولاد يأخذون الباقى بعد النصيبين ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وكذلك قوله تعالى فى شأن الإخوة والأخوات « وإن كانوا إخوة رجالا ونساء فللذكر مثل حظ الأنثيين » فدلت هذه الآية على إن جهة الإخوة من جهات العصبة النسبية كما تدل الآيتان على أن الأنثى صاحبة الفرض إذا كان معها من يكون فى درجتها فى القرابة من الذكور ، إذ تكون عصبة به ، وبترك فرضها .

ثانيها — قوله ﷺ : « ما أبقت الفرائض فلأولى رجل ذكر » والمراد بالأولوية الأولوية فى القرابة أى أقرب رجل ذكر ، كما ورد فى بعض الروايات ، والقرب إنما هو من ناحية النسب ، والنسب لا يكون إلا من جهة الأب ، وهذا الحديث قد أثبت التعصيب لكل قريب من الرجال يتصل بالميت اتصالا نسبياً عن طريق الرجال ، أى لا ينفرد النساء فى الاتصال فى أى طبقة من الطبقات ، والحديث مع دلالته على ذلك يدل على أنه إذا تعدد العصبات ، لوحظ بينهم الترجيح بالقرب من الميت فى الدرجة أو فى قوة القرابة .

ثالثها — القرابة المعتبرة فى غير الفروض هى قرابة الرجل ، دون قرابة الأنثى إلا عند الترجيح ، فتدخل قرابة الأنثى للترجيح ، لا لإثبات أصل التوريث ؛ وإنه بسبب أن الرجولة هى الأصل فى التعصيب لا يكون العصبة فى الأصل إلا رجالا ، ولا يكون النساء عصبة إلا عندما تكون صاحبة فرض ، كان معها أخ لها ، أو فى منزلة الأخ ، فتكون عصبة به ؛ لكى تكون النسبة التى قررها الشارع قائمة ، وهى أن يكون للذكر مثل حظ الانثيين ، إذ لو أعطيت صاحبة الفرض فرضها لأدى ذلك إلى أن تكون أكثر منه ، أو لا يأخذ شيئاً ، وهى تأخذ ، فجعلت عصبة به ، لتستمر النسبة الشرعية المقررة بين الذكر والأنثى .

وفى غير هذا صورة استثنائية قامت فيها الأنثى مقام الرجل ، لورود النص بذلك ، وهى حال الأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث .

١٤٢ م — هذه هى الأصول التى قام عليها توريث العصبات ؛ ولنتكلم أولا فى أقسام العصبات ، ثم لنتكلم فى جهاتها ، تنقسم العصبة النسبية إلى ثلاثة أقسام :

ا — عصبة بالنفس ، وهم الذكور من الأقارب الذين لا تنفرد بالتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، كالابن ، وابن الابن ، والأب والجد ، والأخ الشقيق أو لأب الخ . . . وهؤلاء هم الأصل فى التعصيب ، لأن العصبة فى الأصل من قبل الرجال ، إذ هم العصبة التى تحيط بالشخص ، وتحمى ذماره .

ب — وعصبة بالغير ، وتكون للنساء صواحب الفروض اللائى يكون فى طبقتهن أو ما يلحق بطبقتهن رجل ذكر يكون عصبة بنفسه ، فتكون عصبة به ، ويكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، فشرط تحقق العصبة بالغير أن يتحقق أمران :

(أحدهما) أن تكون الأنثى صاحبة فرض فى الأصل ، ويكون معها من يعصبها ، فاذا لم تكن هى فى الأصل صاحبة فرض لا تكون عصبة به ، فابنة الأخ الشقيق لا تكون عصبة بابن الأخ ، لأنها ليست من أصحاب الفروض ، والعمة شقيقة الأب لا تكون عصبة بالعم .

(وثانى الأمرين) أن يكونا فى درجة واحدة ، وقوة قرابه واحدة ، فالأخ الشقيق يعصب الأخت الشقيقة ، ولا يعصب الأخت لأب ، ولا يعصب الاخ لأب الاخت الشقيقة ؛ لان قوة القرابة ليست واحدة ، وإن اتحدت الدرجة ولم يستثن من اتحاد الدرجة إلا حال تعصيب ابن ابن الابن . بنت الابن التى تكون أعلى منه إذا احتاجت إليه ، لأنه لو لم يعصبها لأدى ذلك إلى أن تأخذ بنت ابن الابن ، ولا تأخذ بنت الابن ، مع أنها منها بمنزلة البنت من بنات الابن ، فلتفادى مثل هذا الشذوذ جعلت عصبة به إن احتاجت إليه ، أما إذا لم تحتج إليه ، فانها لا تكون عصبة به قط .

والعصبة بالغير لا تكون إلا أنثى ، وتنحصر فى الأخوات الشقيقات ، أو لأب مع الاخ الشقيق أو لأب ، والبنات وبنات الابن مع الابناء ، وأبناء الابناء .

حـ — وعصبة مع الغير ، وهى خاصة بالأخوات الشقيقات أو لأب مع الفرع الوارث المؤنث ، وقد ورد بتوريثهن الاثر الوارد عن ابن مسعود باعطاء الاخت الباقى بعد نصيب البنت ، وقد سمى ذلك قضاء رسول الله ﷺ ، فكان سنة صحيحة ثابتة .

١٤٣ — هذه أقسام العصبة ، وجهاتها أربع :

الجهة الأولى — جهة البنوة ، وهى الابن ، وابن الابن ، وإن نزل . مادامت لاتتوسط بينه وبين المتوفى أنثى ، والذكور فى هذه الجهة يكونون عصبات بأنفسهم ، ويعصبون النساء اللاءى يكن فى طبقتهم أو أعلى منهم ، إن احتجن إليهم، على ما بينا فى أحوال بنات الابن .

الجهة الثانية — جهة الأبوة ، وهى الذكور من الأصول الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ؛ فتشمل الأب والجد الصحيح وإن علا ، وليس فى هذه الجهة عصبة بغيره قط .

الجهة الثالثة — جهة الأخوة ؛ وهى فروع الأب الذين لا تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ، والذكور عصبة بأنفسهم ، والاناث لا يكن عصبة بالغير من هذه الجهة إلا الاخت الشقيقة أو لأب . كما تكونان عصبة مع الغير عند وجود الفرع الوارث المؤنث .

وتشمل هذه الجهة الاخوة الأشقاء أو لأب وأخواتهم ، على النحو الذى ذكرناه فى أحوالهن ، وتشمل أيضاً فروع الأخوة الأشقاء أو لأب الذكور فقط ، فلا تكون بنت الأخ الشقيق أو لأب عصبة قط لا بالغير ولا مع الغير .

الجهة الرابعة — جهة العمومة ، وهى فروع الجد الصحيح الذكور فقط ، مهما علت درجة الجد ، فالعم شقيق الاب أو لأبيه عصبة ، ولكن العمة لا تكون عصبة ، وابن العم الشقيق أو لأب عصبة ، وبنت العم لا تكون عصبة قط ، وذلك لأن العصبة بالغير محصورة فى ذوات الفرض اللاءى يكون فى طبقتهن ذكر يكون عصبة بنفسه ، والعمات وبنات الأعمام ، وبنات الأخوة لا يكنّ عصبة كذلك

ويلاحظ فى ترتيب درجات جهة العمومة عند تفاوت أصلهم ، وهو الجد الصحيح فى القرب ، أن فروع الجد الأول أقرب درجة من فرع الجد الذى يليه مهما نزل أولئك الفروع ، فالعم أخو الأب وفروعه مهما نزلوا أقرب درجة من العم الذى يكون عما للأب وإن قربوا ؛ لأن الأول فرع للجد الأول ، والعم

الثانى فرع للجد الثانى ، وهذا كل فروع لجد قريب مهما نزلوا أقرب إلى الميت من فروع الجد البعيد مهما قربوا من الجد .

ويلاحظ ذلك عند ترتيب درجات العصبات إن تعددت .

١٤٤ م — هذا وإذا كان العصبة واحداً من أى جهة كان فإنه يستحق الباقى وحده ؛ فاذا كان ابن وحده أو جد وحده ، أو أخ شقيق أو ابن أخ شقيق أو عم لأب ، فانه يستحق الباقى وحده ؛ لعدم وجود من ينازعه فى الاستحقاق .

وإذا تعدد العصبات ، وتعددت جهاتهم ، فانه يقدم من كان من جهة البنوة على غيره ، فابن الابن أولى من الأب ؛ وتقدم جهة الأبوة على جهة الأخوة ، فيقدم الأب على الإخوة وأبنائهم ، والجد الصحيح على أبناء الإخوة . وقد استثنى من حكم هذه القاعدة حال الجد مع الإخوة الأشــقاء أو لأب على النحو الذى بيناه فى موضعه ، فإنهم يشاركونه فى التعصيب بشرط ألا يقل عن السدس ، على ماهو المعمول به الآن ، وكما شرحنا .

وإذا تعددوا وكانوا من جهة واحدة قدم أقربهم درجة ، فيقدم الابن على ابن الابن ، والاب على الجد ، والاخ لأب على ابن الاخ الشقيق ، والعم لأب على ابن العم الشقيق ؛ وتقدم الاخت ، ولو لأب إن كانت عصبة مع الغير على ابن الاخ ، وإن كان شقيقا ؛ ويقدم فروع الجد الاول مهما نزلوا على فروع الجد الثانى ، مهما علوا ، لانهم أقرب درجة كما نوهنا .

وإن اتحدت الجهة ، واتحدت الدرجة قدم الاقوى قرابة ، والاقوى قرابة هو من تـكون قرابته لأبوين ، فإنه يكون أقوى ممن تـكون قرابته لأب واحد ، فالأخ الشقيق أقوى قرابة من الاخ لأب ، فيقدم عليه ، وابن الاخ الشقيق يقدم على ابن الاخ لأب ، والعم الشقيق يقدم على العم لأب ، وأبناؤهما كذلك يكون الترتيب فيما بينهم .

وإن تعدد العصبات ، وكانوا جميعاً من جهة واحدة ، وفى درجة واحدة ، وقوة قرابتهم واحدة ، كانوا جميعاً مستحقين ؛ إذ لا تفاوت بينهم ؛ ولا وجه لترجيح أحدهم على الآخر ، فيكونون فى التعصيب سواء .

ويلاحظ أنهم إذا كان فيهم إناث استوفوا شروط التعصيب كن عصبة بالغير على أن يكون للذكر مثل حظ الانثيين [١] .

ويجب أن يلاحظ أن العصبة يأخذون دائماً الباقى بعد أصحاب الفروض ،

---

(١) الأرث بالتعصيب النبي بينته بعمومه المواد ١٦ ، ١٧ ، ١٨ ، ١٩ ، ٢٠ وهذا نصها :

مادة١٦ — إذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض ، أو وجد ، ولم تستغرق الفروض التركة ، كانت التركة أو ما بقى منها بعد الفروض للعصبة من النسب ؛ والعصبة من النسب ثلاثة أنواع (١) عصبة بالنفس (٢) وعصبة بالغير (٣) وعصبة مع الغير .

مادة ١٧ — للعصبة بالنفس جهات أربع ، مقدم بعضها على بعض فى الأرث على الترتيب الآتى : (١) البنوة ، وتشمل الأبناء وأبناء الإبن وإن نزل (٢) الأبوة ، وتشمل الأب ، والجد الصحيح ، وإن علا (٣) والاخوة ، وتشمل الإخوة لأبوين ، والإخوة لأب ، وأبناء الأخ لأبوين ، وأبناء الأخ لأب ، وإن نزل كل منهما (٤) والعمومة وتشمل أعمام الميت وأعمام أبيه ، وأعمام جده الصحيح ، وإن علا ، سواء أكانوا لأبوين أم لأب وأبناء من ذكروا ، وأبناء أبنائهم وإن نزلوا .

١٨ — إذا اتحدت العصبة بالنفس فى الجهة كان المستحق للارث أقربهم درجة إلى الميت ، فان اتحدوا فى الجهة والدرجة كان التقديم بالقوة ، فمن كان ذا قرابتين للميت قدم على من كان ذا قرابة واحدة . فإذا اتحدوا فى الجهة والدرجة كان الإرث بينهم على السواء .

مادة ١٩ — العصبة بالغير هن : (١) البنات مع الأبناء (٢) بنات الابن ، وإن نزل مع أبناء الابن ، وإن نزل إذا كانوا فى درجتهن مطلقا أو كانوا أنزل منهن إذا لم يرثن بغير ذلك (٣) الأخوات لأبوين ، مع الإخوة لأبوين ، والأخوات لأب مع الأخوة لأب ، ويكون الإرث بينهم فى هذه الأحوال للذكر مثل حظ الانثيين .

مادة ٢٠ — العصبة مع الغير هن : الأخوات لأبوين أو لأب مع البنات أو بنات الابن وإن نزل ، ويكون لهن الباقى من التركة بعد الفروض ، وفى هذه الحال يعتبرن بالنسبة لباقى العصبات كالإخوة لأبوين ، أو لأب ، ويأخذن أحكامهم فى التقديم بالجهة والدرجة والقوة .

فإن لم يبق شيء بعد أصحاب الفروض لا يأخذ العصبة شيئاً ، كما هو ثابت فى كل المسائل التى فيها عول ، والتى لاعول فيها ، فاذا كان فى المسألة زوج وأخت شقيقة وأخ لأب وأخت لأب ، فإنه لا يكون للأخ لأب وأخته شيء ، لأنهما عصبة ولم يبق شيء .

كما أنه إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أخذ العصبة التركة كلها .

ويجب أن يلاحظ هنا أنه إذا كانت المسألة المشتركة ، وهى تكون إذا وجد مع الإخوة لأم إخوة أشقاء لم يبق لهم شى ، فإنهم يأخذون باعتبارهم إخوة لأم ، لاشتراكهم فى الوصف ، ويلغى اعتبار الأب فى التوريث تحقيقاً للعدالة فى تطبيق النصوص ، كما هو رأى عمر وجمهور من الصحابة .

١٤٥ — وترتيب العصبات على النحو الذى بيناه هو التطبيق الدقيق لقول النبى ﷺ « فما أبقت الفروض فلأولى رجل ذكر » .

(١) فإنك ترى أن جهة البنوة قدمت على غيرها ، لأنهم أجزاء المتوفى ، فهم شخصه ، أو كشخصه ، وتابعون له تبعية الفرع للأصل ، وكأنه إذا ذكر فقد ذكروا ، ومثل هذا فى المحسوسات الأرض والشجر ، فإنه يكون تبعاً لها بحيث إذا ذكرت دخل فى مضمونها ، وإن لم ينص عليه ، وكمثل الشجر والثمر إذا ذكر ، الشجر دخل الثمر فى مضمونه ، وهكذا كل شيء يعد جزءاً من شيء آخر ، يعتبر فى مضمونه ومحتواه يدخل عند ذكره من غير نص ، ويكون قريباً من هذا فى الإعتبار حال الأبناء مع آبائهم ، لأنهم أجزاء منهم ، فهم وإن انفصلوا عنهم فى الوجود ، لم ينفصلوا عنهم فى الصلة بالنفس والعرق . فكانوا أولى الناس بمالهم وخلافتهم فيه ، وإن الناس جروا على اعتبار الابن غنياً بغنى أبيه وأمه وجده ، فكان مالهم ماله ، وهو كأشخاصهم .

ولهذا قدم الأبناء على الأب والأجداد فى التعصيب ، لأن الأب ليس جزء الابن ، فلا يشتمل الابن عليه ، كما يشتمل الأب على ابنه ، وإن الأب أقرب الناس إليه ولده ، وإن الله سبحانه وتعالى قدم الأولاد فى التعصيب على الاصول

فى قوله تعالى ، : « يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين » ثم ذكر أن حتى الأبوين مع الأولاد السدس ، فقال « ولأبويه لـكل واحد منهما السدس » .

فـكانت أولوية الفروع على الأصول ثابتة بالعقل والنقل ، أما تقديم الأصول على غيرهم من الحواشى ؛ فلأن الحواشى طريق اتصالهم بالميت إنما هو عن طريق أولئك الأصول ، فالإخوة اتصلوا بالميت عن طريق الاب ، والأعمام اتصلوا بالميت عن طريق الجد ، ثم الاب ، وهكذا تتفاوت درجات اتصالهم بالميت بمقدار قربهم من الأصل الذى يتصلون به ، ومقدار قرب الأصل الذى يوصلهم به وإذا كان اتصالهم بالميت عن طريق الأصول ، فإنه بتطبيق القاعدة الفقهية المقررة أن من يدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث يكون الأصول أولى من الحواشى جميعاً .

وإن تطبيق هذه القاعدة على ذلك النحو الدقيق جعل جمهور الفقهاء يشركون الإخوة لأبوين ولأب ، مع الجد الصحيح ، لأنهم لايدلون به ، بل يدلون بالأب وحده .

وهناك وجه آخر لتقديم الأصول على الإخوة والأخوات وأولادهم ، وهو أن ميراث أولئك ميراث كلالة ، كما عبر القرآن الـكريم عن ميراث الإخوة والأخوات ، والـكلالة هو الميت الذى ليس له أصل ولافرع ، فهو قد ذكر ميراثهم فى حال عدم وجود الأصل والفرع ، فحيث وجد الأصل أو الفرع فلا ميراث لهم ؛ فالأصول بهذ مقدمون على الحواشى ، والذين ورثوا الإخوة والأخوات ولم يعتبروا الجد حاجباً نظروا إلى إدلاء كل منهما بالأب على مابينا ، ولم يعتبروا من الـكلالة عدم وجود الجد ، ولذلك ورثوا الإخوة معه ، وذلك لنص القرآن على ميراثهم ، وعدم نصه على ميراثه .

وليس لأبناء الإخوة ذلك النظر ، لأن القرآن لم ينص على ميراثهم ، فبقى إعمال الحديث ، وهو إعطاء أقرب رجل ذكر ، ولاشك أن الجد الصحيح أقرب فى نظر الناس ، وفى أحكام الشارع كلها من ابن الأخ ، ولو كان شقيقاً ، فله ولاية

شرعية على حفيده ، وليس لابن الأخ ولاية مالية إلا بإقامة من الأب أو القاضى .
وتقديم جهة الأخوة على جهة العمومية لسببين :

أحدهما — أن جهة الأخوة ثابت ميراثها بالقرآن ؛ لأنها تابعة لميراث الكلالة ، وميراث الكلالة ثبت بالقرآن الكريم ، أما ميراث الأعمام ، فلم يثبت بهذا النص المحكم المقطوع به فى سنده ودلالته .

والسبب الثانى — أنهم أقرب إلى الميت ، لأنهم جزء الأب بخلاف الأعمام ، فهم جزء الجد ، والأب بلا ريب أقرب من الجد ، فكان قربهم مشتقاً من قرب من يدلون به .

والأعمام فيما بينهم مرتبون هم وأبناؤهم ذلك الترتيب ، فالذين يدلون إلى جد قريب أقرب من الذين يدلون إلى جد بعيد ، ويعتبرون هم وفروعهم جهة فى العمومة أولى من أولاد الجد الذى يليه وفروعه ، وهكذا .

هذا بيان وجه الأولوية أو القرب فى الجهات بعضها مع بعض ، أما الترتيب بين آحاد الجهة الواحدة من حيث التقديم بقرب الدرجة ، ثم قوة القرابة ، فالسبب فى تقديم الدرجة أن صاحب الدرجة القربى يكون هو الذى أدلى به صاحب الدرجة البعيدة ، أو يكون فى طبقته ، والأولى تنطبق عليه القاعدة من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجوده ، والثانية تثبت الأولوية بالقياس لأنه يكون مثل من يدلى به صاحب الدرجة البعيدة وشريكه فى التعصيب إن لم يكن سواهما أولى منهما ، فيثبت له ما يثبت لشريكه فى حجب من كان يحجبه .

وأما قوة القرابة ، فلأنها تكون سبباً فى قوة الإتصال ، وقوة الإشتراك فى المصالح ، وهى كذلك فى نظر الناس ، فالشقيق فى قوة الإتصال الطبعى ، وعند الناس أقرب ممن يكون لأب ، فكان كذلك فى نظر الشارع ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

الميراث بوصفين

١٤٦ م — بينا أصحاب الفروض واستحقاقهم واحداً واحداً ، وبينا العصبات وجهاتهم ، والترتيب بين درجات استحقاقهم ؛ وهذه أحكام تنطبق على من يتحقق فيه الوصف الموجب للاستحقاق فيها ، وقد يوجد شخص يتحقق فيها وصفان ، كلاهما موجب للاستحقاق ، فقد يكون الزوج هو ابن العم ، فيكون فيه وصف الزوجية الموجب للاستحقاق بالفرض ، ووصف العمومة المسوغ للاستحقاق بالتعصيب فى درجته ، وقد يكون أخ لأم هو ابن عم ، فيكون فيه الاستحقاق بالفرضية من ميراث الكلالة ، ويكون فيه وصف العمومة ، فهل يرث بالوصفين إن كان كلاهما يوجب الميراث ؟ .

المقرر عند الفقهاء أنه إذا اختلفت جهة التوريث ، بأن كان سبب التوريث يختلف ، لتغاير الوصفين واعتبار الشارع كل واحد منهما سبباً للميراث كالأمثلة السابقة ، فإنه يرث بالوصفين ، فيكون الشخص الواحد وارثاً بالوصفين معاً ، لأن اختلاف الوصفين الموجبين للتوريث جعله كشخصين مختلفين ، لتغاير السبب الموجب فى الوصفين ، فيرث الزوج بفريضة الزوجية ، ويرث الباقى بالتعصيب ، وإذا كان المتوفى قد ترك أخاً لأم ، هو ابن عمه ، وأماً ، وأختاً شقيقة ، فإنه يرث السدس بوصف كونه أخاً لأم ؛ ويرث الباقى باعتباره عصبة إذا لم يكن عصبة سواه ، وعلى ذلك يأخذ السدس فرضاً ، وتأخذ الأم مثله ، والأخت الشقيقة النصف ، فيكون سدس آخر ، فيستحقه بوصف كونه عصبة .

والسبب واضح فى تعدد الاستحقاق على هذا الوجه ؛ لأن الوصفين متغايران ، وكل واحد منهما يصلح سبباً منفرداً ، فعند اجتماعهما لا يلغى ما كان يوجبه كل واحد على الانفراد فيرث بالجهتين .

١٤٧ — وعلى ذلك إذا تعددت القرابة مع بقاء الوصف الموجب للميراث ، لا يتعدد سبب الاستحقاق ، وذلك كما فى الجدات ، فإن الجدات إذا تعددن

اشتركن فى السدس ؛ ولا يتعدد نصيب جدة لتعدد طرق قرابتها ، كأن تكون هناك أم أم أم هى أم أم أب ، وأم أبى أب ، فإن السدس يقسم بين الاثنتين مناصفة ، ولا يقسم اثلاثا ، فلا تأخذ التى تعددت طرق قرابتها إلا نصيب جدة واحدة ، ولا تأخذ نصيب جدتين خلافاً للإمام محمد رضى الله عنه ، كما نوهنا .

والفرق بين هذه الحال والحال التى يرث فيها الوارث بالوصفين المتغايرين — أن تعدد الجهة ، جعل الوصفين الموجبين للميراث متغايرين ، فالزوجية غير العمومة والأخوة لأم غير العمومة . وكل منهما وصف موجب للتوريث ؛ ولا سبب يوجب إلغاء أحدهما ، فيرث بالجهتين ، أما حال الجدات ، فإن تعدد طرق القرابة لا يأتى بوصف جديد موجب للتوريث ، إذ هى ترث بوصف كونها جدة واحدة ، مهما تعددت قرابتها ، لأن التعدد لايغير الوصف .

ولكن الإمام محمدا رضى الله عنه ، اعتبر تعدد القرابة كتعدد الجهات . والفرق بينهما ما بينا .

١٤٨ — ولقد تكلم الفقهاء على تعدد الجهات بالنسبة لغير المسلمين ، فقالوا إنها توجب الاستحقاق مادام التعدد أوجب وصفين موجبين للميراث متغايرين ، كل منهما يوجب الاستحقاق بالانفراد ، فيرث بالوصفين ولو كان السبب الموجب للتعدد محرماً عند المسلمين مادامت ديانتهم تبيحه ، فلو تزوج مجوسى أمه ، فأعقبت منه بنتاً ، فإنها ترث من أمها بالوصفين بوصف كونها بنت ابن ، وبوصفها بنتاً ، فتأخذ بالثانى النصف ، وبالأول السدس تكملة للثلثين ، لأن الوصفين يوجب كل منهما استحقاقاً منفرداً عن استحقاق الآخر ، فترث بالوصفين ، وهذا رأى عمر ، وعلى ، وابن عباس . وبه أخذ الحنفية .

وروى عن زيد بن ثابت وابن مسعود ، أنها لاترث بالوصفين ، وإنما ترث بوصف واحد ، ويختار له أثبت القرابتين مادامت الجهة لم تتعدد ، كما فى المثال السابق ، ويختار فى المثال السابق ميراثها بالنصف ، لأنه أثبت القرابتين .

هذا إذا تعددت الجهة فان الاستحقاق يتعدد كما هو جار بين المسلمين ، لأن

الجهة حيث تغيرت ، فقد تغير سبب الاستحقاق ، أما إذا تغير الوصف من غير أن تتغير الجهة ، فإن الاستحقاق واحد ، ويختار من أحد النصيبين أقواهما .

الحجب

١٤٩م — ذكرنا الحجب فى كل مسألة من مسائل أصحاب الفروض ، فبينا أحوال الحجب عند بيان أحوال المستحقين للفروض الشرعية المقدرة ، وبينا عند بيان العصبات طرائق التقديم والتأخير ، وبذلك تتبين أحوال الحجب فيها أيضاً .

والآن نبين الضوابط العامة للحجب ، ونشير إلى تطبيقها . ونسر عدد المحجوبين ، وقبل أن نذكر ذلك ، نعرف الحجب ، ونميز أقسامه ، فنقول :

من قام به سبب الإرث ، فهو أقسام أربعة :

الأول — مستحق لنصيب كامل لا ينقص ، كالبنت عند انفرادها ، فإنها تستحق النصف ، وما دامت منفردة فلا يوجد من ينقص نصيبها ، وهذا القسم هو الذى قام به سبب الأرث ، وانتفت فيه موانعه ، أى لم يكن مانع من موانع الأرث الذى ذكرناها فى صدد كلامنا ، وكانت حاله مع الأوصاف القائمة التى قيد بها لا يؤثر فيها وارث آخر .

والقسم الثانى — من قام به سبب الأرث ، وقام به مانع من موانع الإرث ، كأن يكون قاتلا ، أو يختلف الدين ، وأحدهما مسلم ، أو تختلف الدار على النحو الذى بيناه آنفا ، وهذا يعتبر فى حكم المعدوم ، لا يرث شيئا ولا يؤثر فى نصيب غيره بحال من الأحوال ، فإذا كان للمتوفى ابن قاتل أو غير مسلم ، فإنه يكون كالمعدوم لا ينقص نصيب الزوجة ، ولا نصيب الزوج ، ولا نصيب الأم ، ولا يمنع الأب من التعصيب ، ولا يحجب الإخوة والأخوات ، وهكذا ، وكذلك إذا كان للمتوفى إخوة قام بهم مانع من موانع الميراث ، فإنهم لا يؤثرون فى نصيب الأم فينقلونه من الثلث إلى السدس ، ولا يشاركون الجد .

ويسمى من كان على هذه الشاكلة ممن قام به سبب الإرث ووجد مانع ممنوعا ، أو محروما ، وتسمى حاله حال حرمان أو حال منع .

القسم الثالث — ورثة قام بهم سبب الإرث ، وانتفى المانع ، بأن لم يوجد بهم مانع من موانع الإرث مطلقا ، ولكن وجد من هو أولى منهم بالميراث ، فلم يأخذوا معه شيئاً كالجد عند وجود الأب ، والأخ لأب عند وجود الأخ الشقيق ، وبنت الابن عند وجود بنتين من غير أن يوجد من يعصبها ، وابن الابن مع الابن ، والجدة عند وجود الأم ، والجدة البعيدة مع الجدة القريبة ، وغير ذلك ، وهؤلاء يسمون محجوبين حجب حرمان ، ولا يسمون محرومين .

والفرق بين هذا الحجب والحرمان — أن الحرمان يوجد فيه سبب التوريث ، ولا تنتفى موانعه ، أما الحجب فإنه يوجد فيه سبب التوريث ، وتنتفى موانعه ، ولكن يوجد من هو أولى بالميراث منه ، لأن الاستحقاق فى الميراث له درجات ، ولا يستحق أهل درجة ما دام أهل الدرجة التى تسبقها على قيد الحياة .

والقسم الرابع — من قام به سبب الإرث ، وانتفت موانعه ، ولم يكن من هو أولى منه ، ولكن وجد من اقتضى وجوده تعديل الأنصبة ، فانتقص نصيبه ، وانتقل من الأكثر إلى الأقل ، كأحد الزوجين مع الفرع الوارث ، والأم مع الفرع الوارث أو الجمع من الإخوة ، والأم مع أحد الزوجين ، والأب فى المسألة الغراوية ، فإن وجود بعض الورثة أثر فى أنصبة بعضهم ، وجعلهم يأخذون الأقل بدل الأكثر ، ويسمى الذين نقصت أنصبتهم محجوبين حجب نقصان ، والفرق بينه وبين حجب الحرمان واضح فى حقيقته ، وفى سببه ، أما الحقيقة فهى أن حجب الحرمان لا يأخذ فيه المحجوب شيئاً ، وحجب النقصان يأخذ فيه ، وأما السبب فهو أن حجب الحرمان يكون فى الورثة من هو أولى بالإستحقاق من المحجوب ، وأما حجب النقصان ، فيكون من اورثة من اقتضى وجوده تعديل التقسيم .

١٥٠ — من هذا تتبين حقيقة الحجب ، وتتميز أقسامه ، والآن نبين الأصول الفقهية التى بنى عليها الحجب ، فنذكر القواعد التى يقوم عليها ، وقد كنا نشير إليها فى أثناء بيان الحجب فى مواضعه على شكل علة له ، والآن نجمل بيانها لضبطها ، وها هى ذى :

القاعدة الأولى للحجب — أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب حجب حرمان عند وجود ذلك الوارث ، لأنه حيث اجتمع الوارث ومن يدلى بسببه ، كان هو أولى بالميراث منه ، لأنه أقرب إلى الميت ، ولأن البعيد إنما اتصل بالميت بسبب ذلك القريب ، ولقيامه مقامه ؛ وحيث وجد الأصل لا يستحق من كان بدلا عنه .

وإن هذه القاعدة تسرى على العصبات من غير استثناء ؛ فالأب يحجب الجد ، والأخ الشقيق يحجب إبنه ، والابن يحجب إبنه ، ويحجب إبنته ، والعم يحجب إبنه ، وهكذا ،

وتسرى هذه القاعدة أيضاً على كثير من أحوال أصحاب الفروض ، فالأب يحجب الجد فى فرضه ، والأم تحجب أم الأم ؛ ولا تسرى هذه القاعدة فى بعض أحوال أصحاب الفروض ، كأولاد الأم بالنسبة للأم ؛ فإنهم يرثون مع وجودها ، بل يحجبونها حجب نقصان إذا تعددوا ، ويحجبهم الأب والجد مع أنهم لا يدلون بهم ؛ لأن النص قيد ميراثهم بأن يكون الميت كلالة ، ليس له والد ولا ولد .

ولكى تكون قاعدة الإدلاء مطردة لا تقبل التخلف ، ولا يدخل فى عمومها أولاد الأم ، ثم يستثنون تكون هكذا ، كل من يرث بوصف واستحقاق معين يحجبه من يدلى به إذا كان يرث بذلك الوصف ، وهذا الاستحقاق ؛ وبذلك تكون القاعدة جامعة مانعة .

القاعدة الثانية — أن الأقرب يحجب الأبعد إذا كان يستحق بوصفه ونوعه ، وهذه القاعدة أعم من القاعدة السابقة ؛ لأنها تشمل البعيد الذى يدلى بأقرب منه ، ومن لا يدلى به ؛ وعلى مقتضى هذه القاعدة يحجب الابن ، ابن الابن ، ولو لم يكن أباه ؛ والبنتان تحجبان بنت الإبن فى الإستحقاق بالفرض ؛ والأخ يحجب العم ، وإن كان هذا لا يدلى به ، والأم تحجب الجدة ، والقربى تحجب البعدى من الجدات ، وإن كانت لا تدلى بها ، وهكذا فى كل الأحوال التى يكون فيها أقرب يستحق قدراً بوصف يحجب الابعد الذى يستحق ذلك القدر بهذا الوصف ، وهذه القاعدة تتحقق فى العصبات وأصحاب الفروض على سواء .

القاعدة الثالثة — أن الأقوى قرابة يحجب الأضعف منه ؛ فالأخ الشقيق يحجب الأخ لأب ، والأخت لأب لا تأخذ النصف مع وجود الأخت الشقيقة ؛ وهكذا فى كل الأحوال التى تتحد فيها الدرجة ، وتختلف قوة القرابة ، فيلاحظ أن هذه القاعدة لاتطبق إلا حيث يكون الإشتراك فى الدرجة ، وإلا فإن اختلفت الدرجة اعتبر الحجب بقربها ، ولا تطبق هذه القاعدة إلا فى العصبات .

١٥١ م — هذه هى القواعد التى تعد أصولا للحجب فى الميراث ، وهى تكشف كشفاً تاماً عن نظام التوريث فى الإسلام ، والآن نسرد من يحجبون ومن لا يحجبون ، كما جاء فى قانون الميراث ، وإن كنا قد بينا حكم كل حال فى موضعها .

(ا) قد بين القانون حجب الجدات ، فذكر أنهن يحجبن بالأم مطلقاً ، سواء أكن أبويات أم كن من طريق الأم ، وأن الأب يحجب الأبويات فقط ، وأن أبا لأب يحجب من يدلى به من الأبويات تطبيقاً للقاعدة الأولى التى ذكرناها ، وأن القربى تحجب البعدى تطبيقاً للقاعدة الثانية [1] .

(ب) وبين أيضاً أن أولاد الأم يحجبهم الاصل المذكر ، والفرع الوارث مطلقاً مذكراً كان أم مؤنثاً ، وذلك للنص ، لأنه نص على توريثهم مقيداً بأن يكون الميت كلالة ، فهذا نوع من الحجب ، الأصل فى ثبوته هو النص الكريم لان الميراث مقيد فيه بقيد — فلا يثبت عند تخلف هذا القيد [2] .

(١) قد ذكرت المادتان ٢٣ و ٢٤ الفرق بين الحجب والحرمان ، وهذا نصها :
مادة ٣٢ — الحجب هو أن يكون لشخص أهلية الإرث ، ولكنه لا يرث بسبب وجود وارث آخر ، والمحجوب يحجب غيره .

مادة ٢٤ — المحروم من الإرث لمانع من موانعه لا يحجب أحداً من الورثة .

وقد بينت المادة — ٢٥ — حجب الجدات ، وهذا نصها : « تحجب الأم الجدة الصحيحة مطلقاً ، وتحجب الجدة القريبة الجدة البعيدة ، ويحجب الأب الجدة لأب ، كما يحجب الجد الصحيح الجدة الصحيحة إذا كانت أصلا له .

(٢) بينت المادة — ٢٦ — حجب أولاد الأم ، وهذا نصها : « يحجب أولاد الأم كل من الأب والجد الصحيح ، وإن علا ، والولد وولد الابن . وإن نزل » .

(حـ) وبين القانون حجب بنات الابن ، فذكر أنهن يحجبن بالابن ، وابن الابن الأعلى منهن ، وكذلك يحجب بنت الابن البنتان ، إذا لم يكن من يعصبها ، وبنتا ابن أعلى منها ؛ وإن ذلك تطبيق للقاعدة الثانية ، وهى أن الأقرب درجة يحجب الأبعد درجة ؛ وإذا كان الابن هو أبا بنت الابن ، فإنه يحجبها تطبيقاً للقاعدة الأولى ، وهى قاعدة الإدلاء [١] .

(ى) وذكر القانون أن الأخت الشقيقة يحجبها الفرع الوارث المذكر ؛ وإن نزل ، كما يحجبها الأب ، والسبب فى ذلك هو النص ، لأن ميراث الإخوة مشروط بأن يكون الميت يورث كلالة ، أى ليس هناك ابن ولا أب ، كما فسر جمهور العلماء ؛ والأخت ولو كانت شقيقة تعد كلالة ، وذلك يقتضى ألا ترث مع وجود الابن أو الأب ، وفوق ذلك الأخت الشقيقة تدلى إلى الميت بالأب ، واستحقاقها النصف هو بسبب ذلك الادلاء ، فلا ترث مع وجوده تطبيقاً للقاعدة الأولى .

والأخت لأب تحجب بهذين الحاجبين للسبب الذى ذكرناه ؛ وفوق ذلك تحجب بالأخ الشقيق ، لأنه عصبة ، ويحول به ميراث الأخوات لأبوين إلى التعصيب ، وهو أقوى قرابة ، فتطبق القاعدة الأخيرة ، وكذلك الأخت الشقيقة إذا صارت عصبة مع الغير تحجب الأخت لأب ؛ لأنها أقوى قرابة ، وقد تحول التوريث إلى حال الاستحقاق بالتعصيب .

والأختان الشقيقتان تحجبان الأخت لأب إن لم يكن من يعصبها ؛ لأنه إن لم يكن من يعصبها ، فالميراث بالفرض ؛ والأخت الشقيقة أولى به منها لقوة قرابتها ولم يفضل شىء من الثلثين اللذين اختص بهما الأخوات فلا ترث [٢] .

---

(١) بينت المادة — ٢٧ — من يحجب بنات الابن ، وهذا نصها : « يحجب كل من الابن ، وابن الابن ، وإن نزل بنت الابن التى تكون أنزل منه درجه ، ويحجبها أيضاً بنتان أو بنتا ابن أعلى منها درجة ، مالم يكن معها من يعصبها طبقاً لأحكام المادة — ١٩ .

(٢) بينت المادة —٢٩— حجب الأخوات لأب وهذا نصها: « يحجب الأخت لأب كل من الأب، والابن، وابن الابن، وإن نزل كما يحجبها الأخ لأبوين، والأخت لأبوين، إن كانت عصبة مع غيرها ، طبقاً لحكم المادة —٢٠— والأختان لأبوين إذا لم يوجد أخ لأب » .

٣ — الرد

١٥٢ م — هذه هى الدرجة الثالثة فى توزيع الميراث ، وهى تكون إذا لم يكن عصبات من النسب ولم تستغرق الفروض التركة كلها ؛ فهو ضد العول وفى هذه الحال يقسم الباقى على أصحاب الفروض بنسبة فروضهم .

وليس كل أصحاب الفروض درجة واحدة فى الرد ؛ فالزوجان لا يرد على أحدهما مع غيرهما من أصحاب الفروض ؛ بل الرد — أولا — يكون على أصحاب الفروض غير الزوجين ، فإن لم يكن أحد من أصحاب الفروض غيرهما قط ، ثم لم يكن أحد من ذوى الأرحام ، وهم أقارب المتوفى الذين لم يكونوا أصحاب فروض ولا عصبات ، فى هذه الحال يكون الرد على أحد الزوجين .

وعلى ذلك يكون للرد مرتبتان : (إحداهما) الرد على أصحاب الفروض غير الزوجين ، ويكون ذلك إذا لم تكن عصبات ، والفروض لم تستغرق التركة (والمرتبة الثانية) الرد على الزوجين ، وتكون هذه إذا لم يكن للمتوفى أحد من أقاربه قط ؛ لا أصحاب فروض ولا عصبات ، ولا ذوو أرحام فى هذه الحال يرد على أحد الزوجين ؛ لأن الصلة بينهما وبين المتوفى أقوى من ولاء العتاقة ، كما هو مذهب القانون .

وعلى ذلك إذا كان المتوفى قد ترك أماً ، وأختاً شقيقة ؛ فإن الفروض لا تستغرق التركة ؛ ويرد الباقى على الأم والأخت الشقيقة ، بنسبة ثلث إلى نصف أى يقسم على خمسة ، تستحق الأم اثنين منها ، والأخت ثلاثاً .

وإذا كان المتوفى قد ترك زوجة ، وبنتاً ، وبنت ابن ، فإنه لا يرد على الزوجة ؛ ولكن الباقى بعد هذه الفروض يرد على البنت وبنت الابن ، بنسبة سدس إلى نصف ، أى يقسم الباقى أربعة أقسام يكون لبنت الابن واحد ، وللبنت ثلاثة

وفى كل هذا ترى أحد الزوجين لا يرد عليه ؛ لأنه ما دام من أحد أصحاب الفروض غيره ، أو أحد من ذوى الأرحام ، فلا يرد عليه .

١٥٣ م — والمسائل التى تشتمل على الرد قسمان :

أحدهما — أن يكون أصحاب الفروض جميعاً يرد عليهم ، وفى هذه الحال تقسم عليهم التركة من أول الأمر بنسبة فروضهم ، فإذا كان للميت أم ، وأخت شقيقة وأخت لأب ، فإن الأم تأخذ السدس ، والأخت الشقيقة تأخذ النصف والأخت لأب تأخذ السدس ، ويكون أصل المسألة ستة ، فيكون للأم واحد ، وللأخت لأب مثله ، ويكون للأخت الشقيقة ثلاثة ، فيكون مجموع السهام خمسة فتقسم التركة من أول الأمر على خمسة ، ويقال إنها ردت إلى خمسة (١) ؛ فاذا كانت التركة ١٠٠ فدان قسمت على خمسة ؛ وتستحق الأم على هذا عشرين فداناً ، والأخت لأب مثلها ، والشقيقة ستين فدانا .

وإنما قسمت التركة من أول الامر على عدد السهام ، للاختصار ، والنتيجة لاتتغير عما إذا أخذت أولا الفروض المقدرة ، ثم قسم بعد ذلك الباقى بنسبة الفروض .

القسم الثانى من المسائل المشتملة على الرد — أن يكون فى المسألة ذوو فروض يرد عليهم ، وأحد الزوجين لايرد عليه .

وفى هذه الحال نسلك لحل المسألة إحدى طريقتين :

أولاهما — الطريق المعتاد ؛ وهو أن يستخرج أصل المسألة من مخارج الفروض ، فيكون الأصل أقل عدد يقبل القسمة على مخارج هذه الفروض ، ثم يبين مايستحقه كل فرض من سهام الأصل ، وما بقى من السهام يقسم على أصحاب الفروض النسبية . وهى فروض غير الزوجين بنسبة سهامهم ، ثم تقسم التركة على أصل المسألة ، فاذا كان المتوفى قد ترك ورثة هم زوجته ، وأمه ، وأخوان لأمه ؛

---

(١) بينت الرد المادة — ٣٠ — وهذا نصها : « إذا لم تستغرق الفروض التركة ، ولم توجد عصبة من النسب رد الباقى على غير الزوجين من أصحاب الفروض ، بنسبة فروضهم ، ويرد باقى التركة إلى أحد الزوجين إذا لم يوجد عصبة من النسب أو أحد من أصحاب الفروض النسبية ، أو أحد من ذوى الأرحام » .

فان الأم تستحق ، لوجود جمع من الأخوة ، والأخوة ، والاخوين يستحقان الثلث ، والزوجة تستحق الربع ، ويكون أصل المسألة ـ ١٢ ـ تأخذ الزوجة منها ـ ٣ ـ ، وفرض الام ـ ٢ ـ ، وفرض الاخوين ـ ٤ ـ فيكون الباقى ثلاثة ترد إلى الأم والأخوين بنسبة ـ ٢ ـ إلى ـ ٤ ـ أو ـ ١ ـ إلى ـ ٢ ـ فيكون للأم من الباقى ـ ١ ـ يضاف إلى ما كان لها من أصل الفرض فيكون المجموع ـ ٣ ـ ، والاخوان يرد عليهما ـ ٢ ـ يضافان إلى أصل فرضهما ، فيكون مجموع سهامهم ـ ٦ ـ ، ثم تقسم التركة ، ولتكن ٢٤٠ ف على أصل المسألة ، ويعطى كل صاحب فرض ما يساوى مجموع سهامه .

وفى هذه الطريقة عيب ، لمظنة الخطأ ؛ لان أصل المسألة قد يكون كبيراً ، وقد تحتاج إلى تصحيح ، فتزيد الارقام وتكثر ، وفى كثرتها تكون مظنة الخطأ .

الطريقة الثانية — وهى التى يتبعها الفرضيون ، ولا تزيد فيها الارقام ، وهى التى نوصى باتباعها ، وفى هذه الطريقة لا يجعل أصل المسألة هو أصغر عدد يقبل القسمة على مخارج الفروض ؛ بل يجعل أصل المسألة هو مخرج نصيب أحد الزوجين ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب أحد الزوجين ، ففى المسألة السابقة ، وهى أن يكون الورثة زوجة ، وأما ، وأخوين لأم ، ويكون للزوجة الربع ، وللأم السدس وللأخوين لأم الثلث ، كما ذكرنا ويجعل أصل المسألة هو ـ ٤ ـ وهو مخرج نصيب الزوجة ، وتعطى الزوجة الربع ـ ١ ـ والباقى وهو ـ ٣ ـ تقسم بين الأم والأخوين بنسبة سدس إلى ثلث ، أى بنسبة ـ ١ ـ إلى ـ ٢ ـ فيكون للأم — ١ — من الثلاثة الباقية ، وللأخوين ـ ٢ ـ وتقسم التركة على ٤ ، ولتكن ١٢٠ ف فتختص الزوجة بثلاثين . والأم بمثلها والأخوان بستين فدانا .

وفى هذه المسألة كان الباقى من السهام بعد نصيب أحد الزوجين يقبل القسمة على نسبة الفروض التى يرد عليها ؛ وأحياناً لا يقبل ذلك الباقى القسمة على هذه النسبة ، فيصحح أصل المسألة ؛ ليكون قابلا للقسمة عليها ؛ ولنضرب لذلك بعض الأمثلة :

١ — إذا توفيت امرأة عن زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، وتركت تركة قدرها ثمانون

فدانا ، فإنه يستحق الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس : فيكون في المسألة رد على غير الزوج ، فيجعل أصل المسألة هو مخرج نصيب الزوج وهو ـ ٤ ـ يأخذ الزوج منها ـ ١ ـ وتقسم الثلاثة الباقية بنسبة سدس إلى نصف أى بنسبة ـ ١ ـ إلى ـ ٣ ـ أى تقسم الثلاثة على أربعة ، وهى لاتقبل القسمة عليها فيصحح أصل المسألة بضربها فى ـ ٤ ـ فيصير الأصل المصحح ـ ١٦ ـ يأخذ منه الزوج ـ ٤ ـ والباقى يكون ـ ١٢ ـ تقسم على أربعة ، فتأخذ البنت ـ ٩ ـ وبنت الابن ـ ٣ ـ وتقسم التركة ، وهى ثمانون فدانا على ـ ١٦ ـ يختص الزوج منها بعشرين ، والبنت بخمسة وأربعين ، وبنت الابن بخمسة عشر فدانا .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وجدة صحيحة ، وأخت شقيقة ، فإن الزوجة تستحق الربع ، والجدة تستحق السدس ، والأخت النصف ، فيكون فى المسألة رد على الجدة ، والأخت ، ويجعل أصل المسألة مقام الكسر الذى يبين نصيب الزوجة ، فيكون أصل المسألة ـ ٤ ـ تأخذ منها الزوجة ـ ١ ـ ويقسم الباقى وهو ـ ٣ ـ على الجدة والأخت بنسبة سدس إلى نصف ، أى بنسبة ـ ١ ـ ٣ ـ أى على أربعة ، وهو لايقبل القسمة على أربعة ، فيصحح الأصل بالضرب فى أربعة ، فيكون الأصل المصحح ـ ١٦ ـ فإذا كانت التركة ١٦٠ ف فإنها تقسم عليه ويكون للزوجة ٤٠ ف لأن لها أربعة أسهم ، والجدة ـ ٣٠ ـ لأن لها ثلاثة ، والأخت ٩٠ ف لأن لها تسعة أسهم .

(حـ) وإذا توفى شخص عن .

زوجة ، وبنت وبنت ابن ، وأم ، وترك تركة قدرها ٨٠ ف ، فإن الزوجة تستحق الثمن والبنت النصف ، وبنت الابن السدس ، والأم السدس . ويكون فى المسألة رد على ماعدا الزوجة ، فيكون أصل المسألة ـ ٨ ـ تأخذ منها الزوجة ـ ١ ـ ويقسم الباقى وهو ـ ٧ ـ على البنت ، وبنت الابن ، والأم ، بنسبة نصف ، وسدس وسدس ، أى بنسبة ـ ١ ـ إلى ـ ١ ـ إلى ـ ٣ أى يقسم على خمسة ، ولكن العدد ـ ٧ ـ لايقبل القسمة على ـ ٥ ـ فنضرب أصل المسألة وهو ـ ٨ ـ فى ٥ فيكون

الأصل المصحح ـ ٤٠ ـ تستحق الزوجة منها ٥ ، والباقى يقسم على ٥ فيكون الناتج ـ ٧ ـ وتأخذ البنت ـ ٢١ ـ وبنت الابن ـ ٧ ـ والأم ـ ٧ ـ وتستحق الزوجة على هذا من الأطيان ١٠ ف ، والبنت ٤٢ ف ، وبنت الابن ١٤ ف ، والأم ١٤ ف .

١٥٤ — هذا هو الرد ، كما جاء به القانون ، وهذه طريقة حله التى يقررها الفرضيون ، قد بيناها وشرحناها ، والآن نبين فقه الموضوع ، وما اختاره القانون ، وما تركه ، فنقول :

اختلف الصحابة بشأن الرد على ذوى الفروض ، على نحو خمسة أقوال :

١ — فقال عبد الله بن مسعود إنه يرد على كل أصحاب الفروض ماعدا الزوجين ، والأخت لأب ، إن كان نصيبها السدس ، وبنت الابن ، إن وجدت بنت صلبية ، وأولاد الأم ، والجدات ، وذلك لأن الرد لايثبت إلا للأقوى من أصحاب الفروض الذين لم يحد لهم نصيب بعينه فى القرآن لا يقبل التخلف ، وذلك كالبنت ، والأم ، والأخت الشقيقة ، أو لأب ، إن لم تكن شقيقة وبنت الابن . إن لم تكن بنت صلبية ، فإن هؤلاء لهم قوة فى الفرضية بالنسبة لغيرهم ، وأنصبتهم قابلة للتغير . والانتقال إلى غير الفرضية ، أى إلى التعصيب أو مايشبهه ، فإن الأم تنتقل إلى مايشبه التعصيب ، عندما يكون الميراث بينها وبين الأب ، وأحد الزوجين ، ولم يكن من يحجبها ، وعلى ذلك لا يتأتى الرد بالنسبة للزوجين ، لأن أنصبتهما لاتقبل التغيير ، ولا يتأتى الرد على الجدة ، لأن استحقاقها ضعيف ، إذ لم يأت به قرآن كريم ، والمأثور السدس فقط فلا يزاد عليه ، وبنت الابن مع البنت فرضها ضعيف لتكميل الثلثين ، فلا يتجاوز ذلك ، وكذلك الأخت لأب مع الأخت الشقيقة .

٢ — وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه ، إن أصحاب الفروض جميعا يرد عليهم ، لأن العول ينقص أنصبتهم ، وقد جرى العول عليهم جميعاً بما فيهم الزوجان والغرم بالغنم ، فحيث يثبت العول يثبت الرد ، ولا فرق بين صاحب فرض وفرض ، مادمنا لم نفرق بينهما فى العول .

٣ — وقال عبد الله بن عباس فى إحدى الروايتين عنه ، يرد على كل من أصحاب الفروض ما عدا الزوجين ، والجدة ؛ وذلك لأن هذه الفروض ثابتة بالنص ، ولا وجه للزيادة عليها فلا رد ، لأن الرد زيادة من غير دليل ، فلا يرد عليهم .

٤ — وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه : لا يرد على أحد من أصحاب الفروض ؛ لأن الرد زيادة على النصوص ، فقد قدر الله للبنت النصف ، فإعطاؤها أكثر من النصف زيادة على ما قدر الله سبحانه وتعالى ، وفوق ذلك يكون هذا مصادمة للنص ؛ لأن الله أعطى البنت مع الإبن الثلث ، وجعل الإبن يأخذ الكل ، إن لم يكن سواه ، فإن جعلنا البنت تأخذ الكل إن لم يكن سواها ، فقد جعلناها كالابن ؛ والشارع لم يجعلها كذلك ، فكان هذا مصادمة لنص الشارع المحكم الذى لا يقبل تبديلا .

٥ — وقال على بن أبى طالب رضى الله عنه ، إن أصحاب الفروض جميعاً يستحقون الرد ما عدا الزوجين ، وذلك لقيام الدليل على استحقاقهم بسبب آخر ، دون الزوجين ، فإنه لا دليل على استحقاقهما إلا النص الذى فرض النصف والربع ، والثمن فى أحوالها ، فلا يتجاوز هذا النص ، ولا يزداد عليه من غير دليل .

أما غيرهما من ذوى الفروض فإن الدليل قد قام على استحقاقهم الباقى بالرد ، وهذا الدليل هو :

(ا) قوله تعالى : « وأولوا الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » فإن هذا النص يثبت لذوى الفروض من الأقارب حقاً آخر غير الفروض ؛ ولذلك إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض ، أخذوا الباقى بتلك الأولوية التى نص عليها كتاب الله سبحانه وتعالى ؛ وبذلك يكون لهم باقى التركة بمقتضى تلك الأولوية ، ويوزع الباقى عليهم بمقدار نسبة سهامهم ، بعضها مع بعض .

(ب) ولقد روى أن امرأة أتت النبى ﷺ فقالت يا رسول الله « إنى تصدقت على أمى بجارية فماتت ، وبقيت الجارية ، فقال عليه السلام ، وجب أجرك ، ورجعت إليك الجارية فى الميراث ، وما كانت لتستحق الجارية كلها لو لم يكن رد .

(حـ) أن بيت المال إنما يأخذ الضوائع ، ولا يعد ضائعاً مال من يموت ، وله أقارب تعد حياتهم امتدادا حياته ، وقد أثبت القرآن بالنص الكريم خلافتهم ؛ وبمقتضى هذه الخلافة المقررة الثابتة بالنص التى تؤكد أن حياة هؤلاء امتداد لحياة المورث يكونون أولى من بيت المال .

وقد يقول قائل إن الباقى يذهب إلى ذوى الأرحام ؛ ولكن هذا القول ليس بوجيه ؛ لأن ذوى الفروض قرابتهم قوية ، وقرابة ذوى الأرحام دون قرابتهم ، فهم أولى بأن يرد عليهم من الأرحام ؛ إذ المقرر أن ذا القربة القوية لا يأخذ معه ذو القرابة الضعيفة .

١٥٥ — هذه مذاهب الصحابة فى الرد ؛ وقد اختار الحنفية رأى على رضى الله عنه ، ومعهم الحنابلة ، وأيدوا اختيارهم بالأدلة التى سقناها .

واختار مالك والشافعى رأى زيد بن ثابت الذى منع الرد بإطلاق من غير تفرقة بين وارث ، ووارث ، وقد أيد الشافعى اختياره بجملة أدلة منها .

(ا) أن الرد مصادمة لنص القرآن الكريم ؛ لأنه جعل للأخ الكل ، وللابن الكل ، وجعل للأخت إذا انفردت النصف ، وكذلك البنت . فإذا أعطيتها الكل فقد عارضت النص .

(ب) أن الرد لادليل عليه ؛ لامن نص ، ولا من قياس ، إذا لأدلة الشرعية ، إما أن تكون نصا ، وإما أن تكون حملا على النص ، وإذا لم يكن دليل ؛ وقدمته على بيت المال ، فقد قدمت مالا نص على استحقاقه ، على ماثبت بالإجماع والنصوص استحقاقه ؛ ويقول فى بيان أنه لا دليل على الرد : « ما معنى الرد؟ أشىء جاء بالاستحسان ، وليس من أصول الفقه فى شىء ، ثم هل لنا أن نشرع ما لم يشرع الله !! لقد كان إذن يمكن أن نعطى الجيران ، أو لبعيد النسب ؛ وإلا فلماذا جاز الرد ، ولم يجز هذا » .

(حـ) أن قوله تعالى « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » يرى الشافعى أنها مجملة ، بينتها آية الفرائض ، ولم تأت بحكم جديد زائد على الفرائض

الثابتة بالنصوص ، ولذلك قال مانصه « إن الناس توارثوا بالحلف ، ثم توارثوا بالإسلام والهجرة ، فكان المهاجر يرث المهاجر ، ولا يرث من ورثته من لم يكن مهاجراً ، وهو أقرب إليه ممن يرثه ، فنزلت الآية ، وكانت مجملة ، بيانها ماجاء فى توزيع الفرائض بين أصحابها » .

ومع أن الشافعى كان لايرى الرد تبعاً لرأى زيد ، قد وجد من أصحابه من اختار رأى على رضى الله عنه ، وهو المزنى رضى الله عنه ،فرأيه كرأى الحنفية فى أنه يرد على كل أصحاب الفروض ماعدا الزوجين .

ولقد جاء بعد ذلك من الشافعية ، من رأوا الأخذ برأى المزنى هذا ، إذا لم يكن بيت المال منتظما بعدالة الإمام ، وإعطاء كل ذى حق حقه ؛ وأما إذا كان بيت المال منتظما ، والعدالة فيه قائمة ، وكل مال منه يصرف فى مصارفه ، ولا تتحكم فيه الأهواء ، فإنه فى هذه الحال يؤخذ بما قرره الشافعى نفسه .

وإن تلك التفرقة بين بيت المال المنتظم هى الآن القول الراجح المفتى به فى المذهب الشافعى .

وهذه التفرقة أيضاً هى القول المعتمد المفتى به عند متأخرى المالكية ، فهم يردون على أصحاب الفروض ماعدا الزوجين ، إذا لم يكن القائم على بيت المال ينفق ماله فى مصارفه . وقد علمت أن رأى متقدميهم هو رأى زيد رضى الله عنه الذى لايرد على أحد من أصحاب الفروض .

١٥٦ — وقانون الميراث سار فى الجملة على مذهب على ؛ ولكنه اقتبس مع ذلك من مذهب عثمان بن عفان رضى الله عنه الذى يرد على الزوجين ، وأخر الرد عليهما عن ذوى الأرحام ، ولذا جاء فى المذكرة التفسيرية مانصه :

« رئى من المصلحة تقرير الرد على أحد الزوجين مع تأخيره عن ذوى الأرحام ، فإذا لم يوجد أحد من أصحاب الفروض النسبية ، ولا من العصبة

النسبية ، ولا من ذوى الأرحام مع أحد الزوجين ، أخذ كل التركة فرضاً ورداً ؛ لأن صلة الزوجين فى الحياة تقتضى بأن يكون لأحدهما فى هذه الحالة الحق فى مال الآخر بدلا من المستحقين الآخرين ، واقتصر فى الأخذ بمذهب عثمان بن عفان ، على ما إذا لم يوجد مع الزوجين ذو فرض ، أو ذو رحم ، محافظة على صلة القربى التى تربط الميت بقرابته بقسمة ماله بينهم وبين أحد الزوجين ، قال الله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وكذلك رئى من المصلحة تقديم الرد على ذوى الفروض ، وتوريث ذوى الأرحام ، والرد على أحد الزوجين على غير العصبة من النسب ، أخذاً برأى كثير من الصحابة ، منهم عبد الله بن مسعود .

٤ — ذوو الأرحام

١٥٧ — ذوو الأرحام ، وأولو الأرحام معناهما واحد فى اللغة ، وهم الأقارب الذين تربطهم الأرحام وتشمل الكلمة بهذا كل الأقارب مهما تكن درجات توريثهم ؛ هذا فى اللغة ، وأما فى الاصطلاح ، فذوو الأرحام هم الأقارب الذين ليسوا أصحاب فروض ، ولا عصبة ، ويكونون الأقارب الإناث أو الذكور الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى غالباً .

ومرتبتهم فى التوريث بعد الرد على أصحاب الفروض النسبيين ، فهم فى ميراثهم قد توسطوا نوعى الرد ، فيقدم عليهم الرد على غير الزوجين ، ويليهم الرد على الزوجين .

وذوو الأرحام أصناف أربعة ، تختلف درجاتهم فى الاستحقاق للتركة ، وهذه أصنافهم ، وهى فى ذكرها بترتيبها فى الميراث :

الصنف الأول — فروع الميت الذين تتوسط بينهم وبين الميت أنثى ؛ كبنت بنته ، وبنت ابن بنته ، وهكذا ، وإن نزلوا ذكوراً كانوا أو إناثاً ، وقد عبر عن هذا الصنف القانون بأنهم فروع ابنته ، وإن نزلوا ، وفروع بنت ابنه ، وإن نزلوا .

الصنف الثانى — الأصول من الرجال ، وإن علوا ، إن توسط بينهم وبين الميت أنثى ، أيا كانت درجتهم .

والجدات اللاءى يتوسط بينهن وبين الميت جد توصله إلى الميت أنثى ، ويعبر عن هذا الصنف القانون بأنه الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت ، وقد علمت أن الجد غير الصحيح هو الذى تتوسط بينه وبين الميت أنثى ، والجدة غير الصحيحة هى التى يتوسط بينها وبين الميت جد غير صحيح .

الصنف الثالث — فروع الأبوين الذين ليسوا بأصحاب فروض ، ولا عصبة ، وهذا الصنف يشمل :

(ا) فروع أولاد الأم ذكوراً كانوا أو إناثاً ؛ سواء أكانوا فروع الأخ لأم ، أم كانوا فروع الأخت لأم ؛ لأن أولئك مهما يكونوا ، ليسوا أصحاب فروض ، ولا يعدون عصبة .

(ب) فروع الأخوات الشقيقات ، أو الأخوات لأب ، مهما نزلوا فابن الأخت الشقيقة ، وبنتها من ذوى الأرحام ؛ وابن الأخت لأب وبنتها من ذوى الأرحام . وهكذا كل من يدلى بها ، وذلك لأنه قد توسط بينه وبين الميت أنثى .

(ح) بنات الإخوة الأشقاء ، أو لأب ، ومن يدلى بهن ؛ وذلك لأن بنت الأخ الشقيق ، أو لأب لا تعد من أصحاب الفروض ، ولا من العصبات ومن يدلى بها ، كابنها وبنتها ، وقد توسط بينه وبين الميت أنثى ، فيكون من ذوى الأرحام .

(ى) بنات أبناء الأخوة الأشقاء ، أو لأب ؛ يكونون من ذوى الأرحام ؛ لأنهن لسن من أصحاب الفروض ولا العصبات ، ولأن بنات الأخوة ، وهن أعلى درجة يعتبرون من ذوى الأرحام ، كما قلنا ، فبالأولى من يكون من النساء دونهن درجة ؛ وكذلك أولادهن .

هذا هو الصنف الثالث — ومن يشتمل عليه من فروع وشعب .

الصنف الرابع — وهو فروع الأجداد والجدات الذين لا يعدون أصحاب فروض ، ولا عصبة ، كالعمة والخالة ، وبنت العم ، وبنت الخال ، وهكذا .

ويلاحظ أن كل فروع الأجداد والجدات الذين ليسوا بعصبة يعدون من ذوى الأرحام ، مهما علا الجد أو الجدة ؛ غير أنه يعد فروع الجد الأول والجدة الأولى طبقة ، ومن بعدهم أولادهم ؛ وفروع الجد الثانى ، والجدة الثانية طبقة وأولادهم من بعدهم ، وفروع الجد الثالث ، والجدة الثالثة طبقة ، وأولادهم من بعدهم، وهكذا الجد الرابع والرابعة ، ومن يليهما ، وهكذا ، كل درجة من الجدود تعد

طبقة يكون بعدها أولادها ، ثم تكون الطبقة التى تليها ؛ ولقد عد القانون لهذا الصنف ست طوائف ؛ وإن كانت فى معناها لا تحصى فى الفرض والتقدير ، فالواقع يحدها بعدد محدود .

والطوائف الست التى ذكرها القانون هى :

(ا) أعمام الميت وعماته ، وأخواله وخالاته ، الأشقاء ، أو الأب ، أى فروع الجد الأول ، والجدة الأولى ، الذين انفصلوا بدرجة واحدة ، ما داموا ليسوا عصبة .

(ب) فروع الذين ذكروا فى الطائفة الأولى ؛ أى فروع الجد الأول أو الجدة الأولى الذين انفصلوا بأكثر من درجة ، كبنت العم ، وبنت الخال ، وابن الخال ، أو الخالة ، وابن العمة ، وابن العم . . . وهكذا بشرط ألا يكونوا من العصبات .

(حـ) وفروع الجد الثانى ، والجدة الثانية ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة كالعم عم الأب لأمه ، وعمته أخت أبى الأب ، وخال أمه وأبيه ، وهكذا كل من ليس عصبة من هذه الطبقة .

(ء) فروع الطائفة الثالثة ، وهم فروع الجد الثانى ، أو الجدة الثانية . إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة ، كبنت عم الأب ، وبنت خالة الأم ، وهكذا . بشرط ألا يكونوا عصبات .

(هـ) فروع الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، إذا انفصلوا بدرجة واحدة ؛ كخال أبى الأب ، وعم أم الأم ؛ وعمة أبى الأب ، وهكذا .

(و) فروع الطائفة الخامسة ، وهم فروع الجد الثالث والجدة الثالثة إذا انفصلوا بأكثر من درجة واحدة ؛ كابن بنت عمة أبى الأب ، وابن خال أم الأم ، وهكذا بشرط ألا يكونوا عصبات .

ويلاحظ أن الطبقات التى تلى هذه الطبقات الثلاث من الجدود والجدات ،

يسرى عليها ما يسرى على هؤلاء . كما يلاحظ أن كل طبقة مقدمة على ما يليها عندما يكون التوريث لها ؛ وكل أولاد طبقة مقدمون على فروعهم وهكذا [١] .

إشتملت على بيان ذوى الأرحام وأصنافهم وطبقاتهم المادة — ٣١ ، وهذا نصها :

إذا لم يوجد أحد من العصبة بالنسب ، ولا أحد من ذوى الفروض النسبية كانت التركة أو الباقى منها لذوى الأرحام ، وذوو الأرحام أربعة أصناف مقدم بعضها على بعض فى الإرث على الترتيب الآتى :

الصنف الأول — أولاد البنات ، وإن نزلوا ، وأولاد بنات الإبن ، وإن نزل .

الصنف الثانى — الجد غير الصحيح ، وإن علا ، والجدة غير الصحيحة وإن علت .

الصنف الثالث — أبناء الإخوة لأم وأولادهم ، وإن نزلوا ، وأولاد الإخوات لإبوين أو لأحدهما ، وإن نزلوا ، وبنات الإخوة لأبوين أو لأحدهما ، وأولادهن وأن نزلوا وبنات أبناء الإخوة لأبوين ، أو لأب ، وأولادهن وأن نزلوا .

الصنف الرابع — يشمل ست طوائف ، يقدم بعضها على بعض فى الترتيب الآتى :
الأولى — أعمام الميت لأم وعماته ، وأخواله ، وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الثانية — أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وان نزلوا ، وبنات أعمام الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائهم ، وإن نزلوا .

الثالثة — أعمام أبى الميت لأم ، وعماته ، وأخواله وخالاته لأبوين ، أو لأحدهما .

الرابعة — أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أبى الميت لأبوين أو لأب ، وبنات أبنائه ، وأولاد من ذكرن ، وأن نزلوا .

الخامسة — أعمام أب أب الميت لأم ، وأعمام أب أم الميت وعماتهما وأخوالها ، وخالتهما لأبوين ، أو لأحدهما ، وأعمام أم أم الميت ، وأم أبيه ، وعماتهما وأخوالها ، وخالاتهما لأبوين ، أو لأحدهما .

السادسة — أولاد من ذكروا فى الفقرة السابقة ، وإن نزلوا ، وبنات أعمام أب أب الميت لأبوين أو لأب ، وبنات ابنائهم وإن نزلوا ، وأولاد من ذكروا ، وإن نزلوا ، وهكذا

١٥٨ م — هؤلاء هم ذوو الأرحام ، وتلك طبقاتهم ، ودرجاتهم فى الاستحقاق هى بترتيب ذكرهم الذى بيناه ، وعلى ذلك إذا وجد ذو رحم واحد استحق باقى التركة وحده من أى صنف كان ، ومن أى درجة فى صنفه ، وإن تعددوا ، وتعددت وأصنافهم ، أو طوائفهم ، استحق أهل الصنف الأول ، وقدمو على غيرهم ، ما كان منهم واحد ، أيا كانت درجته ، فإن كان هناك ابن بنت ، وأبو أم ، وبنت أخ شقيق ، وخال ، استحق ابن البنت وحده ، وحجب من سواه ؛ لأن فروع الميت مقدمون على غيرهم ؛ إذ هم أقرب جزئية من أصوله .

فإن لم يكن أحد من الصنف الأول قدم أهل الصنف الثانى على من بعدهم ، فأبو الأم أولى من ابن الأخ لأم ، وبنت الأخ الشقيق ، والخال ، والعمة ، مهما تكن درجة الجد غير الصحيح ، وكذلك الجدة غير الصحيحة .

وإن لم يكن أحد من الصنف الثانى ، وكان أحد من الصنف الثالث ، قدم على الرابع ، مهما تكن درجته ، فبنت بنت الأخت أولى من العمة ، وإن كانت شقيقة أبيه ، وابن ابن الأخ لأم ، أولى من الخال ، والخالة ، والعمة ، مهما تكن قوة القرابة .

وطوائف الصنف الرابع عندما يئول الاستحقاق إليه مرتبون بدرجاتهم الست ، فأولاد الجد الأول ، والجدة الأولى أولى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجدة الثانية ، والجد الثانى ، ثم فروعهم من بعدهم ، ثم أولاد الجد الثالث ، والجدة الثالثة ، ثم فروعهم من بعدهم ، وهكذا الجد الرابع ثم من يليه .

هذا كله إذا تعددت الأصناف ، أو تعددت الطوائف فى الصنف الرابع ، أما إذا اتحد الصنف ، ولم تتعدد الطوائف ، أو لم يكن ذا طوائف ، وتعدد مع ذلك آحاد الصنف ، أو الطائفة ، فإن لكل صنف ترتيباً خاصاً به فى درجات الاستحقاق ، وإن كانت فى الجملة تجمعها ضوابط واحدة ، تتحد فى مبدئها وغايتها ، ولنبين ترتيب درجات الاستحقاق فى كل واحد من الأصناف .

١٥٩ — فاذا تعدد آحاد الصنف الأول ، وهم الفروع :

(أ) فان أولاهم بالاستحقاق أقربهم درجة ، فان كان المتوفى قد ترك ابن بنت ، وابن بنت ابن ، فان المستحق ابن البنت ، وإن كان المتوفى قد ترك بنت بنت ، وابن بنت ، وابن ابن بنت ، فان الأولين يستحقان الميراث بينهما للذكر مثل حظ الانثيين .

(ب) فان اتحدوا فى الدرجة وكان بعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر لا يدلى ، قدم من يدلى بصاحب فرض ، فان كان للمتوفى ابن بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، فان الذى يستحق الميراث هو بنت بنت الابن دون ابن بنت البنت ، لأنها تتصل بالميت بصاحب فرض ، وهو بنت الابن ، والآخر لا يتصل بصاحب فرض . بل بذى رحم .

(حـ) وإن اتحدوا فى الدرجة وفى الإدلاء ، بأن كانوا جميعاً يدلون بصاحب فرض أو كانوا جميعاً يدلون بذى رحم ، فان الميراث يكون بينهم للذكر مثل حظ الأنثيين ، كأن يكون المتوفى قد ترك بنت بنت ابن ، وابن بنت ابن ، فانهما يستحقان معاً الباقى ، للذكر مثل حظ الانثيين ، وكأن يكون المتوفى قد ترك بنت بنت ، وابن بنت بنت ، فان الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الانثيين[1] .

١٦٠ — وإذا تعدد آحاد الصنف الثانى من ذوى الأرحام ، ولم يكن أحد من الصنف الأول .

(أ) يكون أولاهم بالميراث أقربهم درجة إلى الميت ، فان كان للمتوفى أبو أم ، وأم أبى أم ، فان الأول يأخذ دون الأخرى ، لأنه أقرب درجة ،

(١) ترتيب درجات هذه الصنف بينته المادة - ٣٢ - وهذا نصها :

« الصنف الأول من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث قربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا فى الدرجة ، فولد صاحب الفرض أولى من ولد ذى الرحم ، وإن استووا فى الدرجة ، ولم يكن فيهم ولد صاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض اشتركوا فى الإرث » .

وإن كان للمتوفى أبو أبى أم أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون للثانى ، لأنه أقرب درجة .

(ب) وإن استووا فى الدرجة ، وبعضهم يدلى بصاحب فرض ، والآخر يدلى بذى رحم فإن الميراث لمن يدلى بصاحب الفرض ، فإن كان هناك أبو أبى أم ، وأبو أم أم ، فإن الميراث يكون لأبى أم الأم ، لأنه يتصل بالميت بأم الأم ، وهى صاحبة فرض ، والآخر يتصل بالميت بأبى الأم ، وهو ليس بصاحب فرض ، بل هو ذو رحم .

(حـ) وإن كان كلاهما يدلى بصاحب فرض ، أو كلاهما لا يدلى إلا بذى رحم ، فإن اتحدت القرابة ، بأن كان كلاهما من جهة الأب ، أو كلاهما من جهة الأم ، فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين ، فإن كان للمتوفى أم أم أبى أم وأم أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما على سواء ، وإن كان للمتوفى أم أبى أم وأبو أبى أم ، فإن الميراث يكون بينهما للذكر مثل حظ الأنثيين .

(ء) وإن اتحدوا فى الدرجة ، وفى الإدلاء بصاحب فرض أو ذى رحم واختلفت القرابة بأن كان أحدهما من قبل الأم ، والآخر من قبل الأب ، فإنه يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، فاذ كان للمتوفى أبو أم أم ، وأبو أم أب ، فانه يكون للأول ثلث التركة وللثانى ثلثاها [1] .

١٦١ — هذه أحكام الصنف الثانى عند تعدده ، وعدم وجود أحد من الصنف الأول ، أما أحكام الصنف الثالث ، عند تعدد آحاده ، وعدم وجود أحد من الصنفين الأول والثانى ، فانه يكون ترتيب الإستحقاق بينهم على ذلك النحو :

---

(١) بينت أحكام الصنف الثانى من ذوى الأرحام المادة — ٣٣ — وهذا نصها : الصنف الثانى من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة ، فإن استووا قدم من كان يدلى بصاحب فرض ، وإن استووا فى الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بصاحب فرض ، أو كانوا كلهم يدلون بصاحب فرض . فإن اتحدوا فى حيز القرابة اشتركوا فى الإرث ، وإن اختلفوا فى الحيز ، فالثلثان لقرابة الأب ، والثلث لقرابة الأم .

(ا) إن إختلفت درجاتهم ، كان أولاهم بالميراث أقربهم درجة ، فان كان هناك بنت أخ لأم ، وبنت ابن أخ شقيق ، فان بنت الأخ لأم تكون أولى بالميراث، لأنها أقرب درجة ، ولو كانت الأخرى يعد أصلها أقوى قرابة من أصل هذه .

(ب) وإن استووا فى الدرجة ، وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولد ذى الرحم ، فاذا كان للمتوفى بنت ابن أخ شقيق ، وابن بنت أخ شقيق ، فان الأولى بالميراث هى بنت ابن الأخ الشقيق ، لأنها تدلى بعاصب ، وهو ابن ، الأخ الشقيق ، والآخر يدلى بذات رحم ، وهى بنت الأخت الشقيقة ، فتكون هى أولى منه .

(ح) وإن استووا فى الإدلاء بعاصب ، أو عدم الإدلاء بعاصب ، فانه يقدم فى الميراث من يكون جده أقوى قرابة ، فاذا كان هناك بنت أخ شقيق . وبنت أخ لأب ، فان الميراث يكون لبنت الأخ الشقيق ، وإن كان هناك بنت أخ لأب ، وابن أخ لأم ، فانه تقدم بنت الأخ لأب ، لأنها أقوى قرابة .

هذا ما تفيده عبارة القانون ، وهى تفيد أنه إن كان أحد أولاد الإخوة يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض أنه يعتبر ابن العاصب أولى ، فاذا كان للمتوفى بنت أخ لأب ، وابن أخت شقيقة ، فانه يعتبر ابن الأخ لأب أولى بالميراث ، لأنه يدلى بعاصب ، والآخر لا يدلى به .

ولكن هذا يخالف المذهب الحنفى ، ويخالف مذهب أبى يوسف الذى اعتبر أساساً للتقسيم ، وتوريث ذوى الأرحام لم يخرج عن نطاق ذلك المذهب ، فلا يمكن أن يأتى بحكم مناقض لما جاء فيه ، والمنصوص عليه أنه إذا كان أحد أولاد الإخوة يدلى بعاصب ، والآخر يدلى بصاحب فرض ، فانه لا ترجيح لولد العاصب عليه ، بل ينظر إلى قوة القرابة ، فنى بنت أخ لأب ، وبنت أخت شقيقة ، الميراث يكون لبنت الأخت الشقيقة لأنها أقوى قرابة .

وعلى ذلك تكون عبارة القانون قاصرة ، ولا نقول إنها مخطئة ، لأن المقابلة كانت فى النص بين ولد العاصب ، وولدى ذى الرحم ، فلم تكن ثمة مقابلة بين ولد

العاصب، وولد ذى الفرض ، فبقى الأمر فيه على حكم رأى أبى يوسف من المذهب الحنفى ، وهو ما ذكرناه [١] .

١٦٢ — هذا ترتيب الاستحقاق فى الصنف الثالث ؛ أما ترتيب الاستحقاق فى الصنف الرابع ، ولا يستحق إلا إذا لم يكن أحد من الأصناف السابقة قط ؛ فإن كان واحد منهم استحق ، وإلا فهو المستحق .

ويلاحظ فى ترتيب الاستحقاق فيه أنه طوائف ، وكل طائفة فيه كأنها صنف خاص ، ولذلك يكون الترتيب فيه هكذا :

(ا) عند تعدد الطوائف فى هذا الصنف ، يقدم أهل الطائفة الأولى على الثانية ، والثانية على الثالثة ، وهى على الرابعة ، وتلك على الخامسة ، والأخيرة على السادسة ، فلو كانت عمة لا تأخذ بنت العم ، ولا ابن الخالة . ولو كانت خالة لا تأخذ بنت العم الشقيق ، أو لأب ، ولو كانت بنت الخالة أخت الأم ، لا تستحق عمة الأب . وهكذا كل طائفة مقدمة على تاليتها ؛ وقد بينا ترتيبها فيما بيناها .

(ب) وإذا اتحدت الطائفة يقدم الأقرب درجة ، سواء أكان من قرابة الأم ، أم كان من قرابة الأب ، فابن الخالة مقدم على ابن بنت العم الشقيق ؛ أو لأب؛ لأنه أقرب درجة ، وإن اختلفت جهة القرابة ؛ وهكذا فى كل الأحوال التى تختلف فيها الدرجة ، ما دامت فى طائفة واحدة .

(حـ) وإن استوت الدرجة مع اتحاد الطائفة ؛ فإن اتفق الحيز مع ذلك بأن كانوا جميعاً من قرابة الأب، أو كانوا جميعاً من قرابة الأم ، فإنه يقدم ولد العاصب

---

(١) بينت ترتيب الاستحقاق فى هذا القسم المادة — ٣٤ — وهذا نصها :

« الصنف الثالث من ذوى الأرحام أولاهم بالميراث أقربهم إلى الميت درجة . فإن استووا فى الدرجة . وكان فيهم ولد عاصب فهو أولى من ولدى ذى الرحم . وإلا قدم أقواهم قرابة للميت . فمن كان أصله لأبوين . فهو أولى ممن كان أصله لأب . ومن كان أصله لأب . فهو أولى ممن كان أصـــله لأم . فإن اتحدوا فى الدرجة وقوة القرابة . اشتركوا فى الأرث » .

على ولد ذى الرحم ، فلو كان للمتوفى بنت عم شقيق ، وابن عمة شقيقة ، فإن الميراث يكون لبنت العم ؛ ولو كان للمتوفى بنت ابن عم لأب ، وابن بنت عم شقيق ، فالميراث للأولى لأنها تدلى بعاصب .

وإن اتحد الحيز ، واستوت الدرجة ، وليس فيهم من يدلى بعاصب أو كانوا جميعاً يدلون ، فانه يقدم الأقوى قرابة ، فان كان للمتوفى ابن خالة لأب ، وبنت خالة شقيقة ، وابن خالة لأم ، كان الميراث لبنت الخالة الشقيقة ؛ لأنها أقوى قرابة ، إذ عند التقديم لقوة القرابة يكون من كان لأبوين أولى ممن يكون لأب واحد ، ومن يكون للأب أولى من أولاد الأم .

(ى) م — وهذا كله عند اتحاد الحيز ، فان اختلف الحيز ؛ بأن يكون بعضهم من قرابة الأم ، والآخر من قرابة الأب كأخوال وأعمام لأم أو أولادهم ، فانه عند استواء الدرجة يكون لقرابة الأم الثلث ، ولقرابة الأب الثلثان ، ويوزع ثلث قرابة الأم على قرابتها بالترتيب السابق عند اتحاد الحيز ، فيقدم المدلى بعاصب ، ثم الأقوى قرابة على غيره ؛ وإن استووا يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ؟ ويوزع ما خص قرابة الأب على الترتيب السابق أيضاً عند اتحاد الحيز ، فيكون الأولى ولد العاصب فيقدم على ولد ذى الرحم فان استووا فى ذلك قدم الأقوى قرابة على غيره ، فان استووا كان للذكر مثل حظ الأنثيين . والأمثلة يسهل إدراكها بعد ذلك، فان كانت عمة وخالة فللعمة الثلثان ، وللخالة الثلث ؛ وإن كانت بنت عم لأب ، وبنت عم شقيقة ، وابن خال لأب ، وبنت خالة شقيقة ؛ فان الميراث يكون أثلاثاً ، ثلث لقرابة الأم ، والثلثان لقرابة الأب ، وما خص قرابة الأم يكون لبنت الخالة لأنها أقوى قرابة من بنت الخال وما يخص قرابة الأب يعطى لبنت العم لأنها تدلى بعاصب والأخرى تدلى بذى رحم ، وهكذا [1] .

---

(١) بينت ترتيب درجات الاستحقاق فى الصنف الرابع المادتان — ٣٥ — و ٣٦ . وهذا نصهما : مادة — ٣٥ — فى الطائفة الأولى من طوائف الصنف الرابع المبينة =

١٦٣ — وقد يكون الشخص إذا قرابتين ؛ فيكون ابن بنت عمة ، وابن ابن عمة ؛ فهل يأخذ بالقرابتين ؟ لقد ذكر القانون لذلك تفصيلا : إذا تعددت القرابة مع إتحاد حيزها ، بأن كانوا من صنف واحد ، وطائفة واحدة ، وحيز واحد ؛ فى هذه الحال يأخذ نصيبا واحد ، وإن كان الحيز مختلفاً ، بأن كان ابن عمة هو ابن خال شقيق ، وكان هناك بنت خال شقيقة ، فان الحيز فى هذه الحال يختلف ، ويأخذ بوصف كونه ابن عمة ثلثى المال ، وبوصف كونه ابن خال ثلثى الثلث الباقى ، وتأخذ بنت الخال ثلث الثلث ؛ وذلك لأن إختلاف الحيز ، جعل جهة التوريث مختلفة ، وقد علمنا فى الماضى أن الوارث يرث بقرابتين ، إذا إختلفت جهة التوريث ، إذ اختلاف جهة التوريث يجعل سبب التوريث يتعدد بتعدد الوصف فيرث بالجهتين ، وهما هنا الحيزان ؛ وأما إذا اتحدت الحيز ، فجهة القرابة واحدة . وسبب التوريث واحد ، فلا يتعدد الإستحقاق فيها ، فإن كانت بنت ابن عمة . هى بنت بنت عم ، ومعها بنت بنت عمة ؛ فأنها تقاسمها الميراث مناصفة ، ولا يتعدد

= بالمادة — ٣١ — إذا انفرد فريق الأب وهم أعمام الميت لأم وعماته أو فريق الأم . وهم أخواله وخالاته قدم أقواهم قرابة ، فمن كان لأبوين فهو أولى ممن كان لأب ، ومن كان لأب فهو أولى ممن كان لأم ، وإن تساووا فى القرابة اشتركوا فى الإرث ، وعند اجتماع الفريقين يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، ويقسم نصيب كل فريق على النحو المتقدم ، وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الثالثة والخامسة .

مادة — ٣٦ — فى الطائفة الثانية يقدم الأقرب منهم درجة على الأبعد ، ولو من غير حيزه ، وعند الاستواء واتحاد الحيز يقدم الأقوى فى القرابة ، إن كانوا جميعاً أولاد عاصب أو أولاد ذى رحم ، فإن كانوا مختلفين قدم ولد العاصب على ولد ذى الرحم ، وعند اختلاف الحيز يكون الثلثان لقرابة الأب والثلث لقرابة الأم ، وما أصاب كل فريق يقسم عليه بالطريقة المتقدمة . وتطبق أحكام الفقرتين السابقتين على الطائفتين الرابعة والسادسة .

إستحقاقها بتعدد نصيبها [١] .

١٦٤ م — هذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، ويصح أن نضبط الترجيح بينها فى القواعد الآتية .

القاعدة الأولى — أن ميراث ذوى الأرحام بالنسبة لتقسيمه بين الذكر والأنثى يشبه تقسيم مايستحقه العصبات فى النسبة بين الذكر والأنثى ؛ فحيث تساوت درجة الاستحقاق ، وكان المستحقون ذكوراً أو إناثاً قسم بينهم الميراث للذكر مثل الأنثيين ، وقد ذكرنا ذلك فى صدر كلامنا [٢] .

القاعدة الثانية — أنه إذا تعدد المستحقون وتعددت أصنافهم ، فإنه يقدم الصنف الأول ، فلا يرث أحد من غيره مع وجود واحد منه ، ويليه الثانى ، فالثالث ، فالرابع ، والرابع طوائف ، وكل طائفة مقدمة على الأخرى ، ولا تأخذ طائفة ، إن كان أحد ممن قبلها .

القاعدة الثالثة — أنه إذا تعددت آحاد الصنف الذى هو أولى من غيره ، فإن الأولى بالميراث الأقرب درجة ، وهذه القاعدة تنطبق على الأصناف جميعاً ، فحيث تعددت آحاد أى صنف مستحق ، وكان فيهم من هو أقرب درجة من الآخر استحق الأقرب ؛ بيد أن الصنف الرابع تعتبر الطائفة ، كصنف مستقل ، فلا تعتبر مرجحاً إلا بالنسبة للطائفة المقدمة .

القاعدة الرابعة — أن المدلى بوارث أولى من غيره ؛ سواء أكان ذلك الوارث عصبة أم كان صاحب فرض ؛ وهذه القاعدة تنطبق على الجميع ، بيد أنها فى الصنف الرابع لا تعد مرجحة إلا فى أهل الحيز الواحد من القرابة ، فلا ترجح الشخص على غيره من حيز آخر ، بل ترجحه على من فى حيزه .

---

(١) اشتملت على ذلك المادة — ٣٧ — ونصها : « لا اعتبار لتعدد القرابة فى وارث من ذوى الأرحام إلا عند اختلاف الحيز » .

(٢) بينت ذلك المادة — ٣٨ — وهذا نصها : « فى إرث ذوى الأرحام يكون للذكر مثل حظ الانثيين .

ويلاحظ أن الترجيح بالإدلاء بعاصب إنما يكون عند التساوى فى الدرجة .
وأنه عند التساوى فى الدرجه والإدلاء بوارث يقدم الأقوى قرابة . ويلاحظ أيضا أن ذلك لايعتبر مرجحا فى الصنف الرابع إلا فى أهل الحيز الواحد ، أى القرابة الواحدة كما ذكرنا .

القاعدة الخامسة وهى الأخيرة — أنه بالنسبة للقسمين الثانى والرابع تكون قرابة الأب حيزا ، وقرابة الأم حيزا ، ويكون لقرابة الأم الثلث، ولقرابة الأب الثلثان ؛ وشرط ذلك فى الصنف الثانى ، أن يتساوى ذوو الأرحام من الأصول فى الدرجة والأدلاء بوارث ، أو عدم الإدلاء ؛ فإن اختلفوا فيهما فالأقرب درجة أو المدلى بوارث عند التساوى فيهما أولى من غيره أياما كان حيزه ؛

وشرط ذلك فى الصنف الرابع أن تتساوى الدرجة ، فإن اختلفت الدرجة فالأقرب درجة أولى من أى حيز كان فإن تساووا فى الدرجة ، فلقرابة الأم الثلث ولقرابة الأب الثلثان ، ويرجح بين كل حيز بالأدلاء بوارث ، ولا يكون إلا من العصبات ، فان استووا فيرجح فى كل حيز بقوة القرابة ، فمن كان أصله لأبوين يقدم على من كان أصله من أب واحد ، ومن كان أصله لأب يقدم على من كان أصله لأم فان اشتركوا من كل الوجوه قسمت بين أهل كل قرابة حصتها ، للذكر مثل حظ الأنثيين .

١٦٥ — هذه أحكام ميراث ذوى الأرحام ، كما جاء بها القانون ؛ قد بيناها ، وضربنا الأمثال لتوضيحها ؛ والآن نتكلم عن فقهها ، فنبين أقوال الفقهاء فى ميراثهم ؛ ومن أى مذهب استقى القانون ، فنقول :
اختلف الفقهاء فى ميراث ذوى الأرحام فى نواح شتى تتعلق بهم ، فاختلفوا أولا فى أصل توريثهم ، واختلفوا ثانيا فى طريق توريثهم ، ولنتكلم فى كل ناحية من هاتين الناحيتين .

لقد اختلف الصحابة فى إعطاء ذوى الأرحام ميراثا ، إن لم يكن عصبة ولا ذوو فروض من الأقارب ، فقال على بن أبى طالب وعمر بن الخطاب ، وعبد الله بن

مسعود وعبد الله بن عباس وغيرهم من علية الصحابة إنهم يرثون بعد العصبات والرد على ذوى الفروض النسبية ، وقال زيد بن ثابت ومعه بعض الصحابة إنهم لا يأخذون شيئا ، ويكون المال لبيت المال .

وقد اختار القول الأول ابو حنيفة وأحمد رضى الله عنهما ، واستدلوا من ثلاثة وجوه .

أولها — قوله تعالى : « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وأولو الأرحام كلمة عامة تشمل الأقارب جميعا ، سواء أكانوا عصبات أم كانوا ذوى سهام مقدرة ، أم لم يكونوا من الفريقين ؛ فذوو الأرحام الذين ليسوا من الفريقين داخلون فى الأولوية التى ذكرها القرآن الكريم ، ومن تلك الأولوية أن يأخذوا مال بعضهم ، إن لم يكن له سواهم ، فهم أولى من غيرهم بنص كتاب الله فيكونون بلا ريب أولى من بيت المال .

ولقد قال الله تعالى أيضا : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون ، وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » ولا شك أنهم من الأقارب ، فيستحقون بذلك الوصف .

ثانيها — أن عمر رضى الله عنه أعطى الخال عند عدم وجود غيره ، وأسند ذلك الحكم إلى رسول الله ﷺ ؛ إذ قال : « إن النبى ﷺ قال : الله تعالى ورسوله مولى من لا مولى له ، والخال وارث من لا وارث له » فكان هذا سنة صحيحة صريحة فى صحة توريث ذوى الأرحام ؛ فليس لأحد بعدها أن يقول إن ميراثهم لا سند له من النصوص .

ثالثها — أن ذوى الأرحام إن لم يأخذوا أعطى بيت المال ؛ أى أعطى المال لجماعة المسلمين ، ونحن إن نظرنا نظراً مجرداً لنعرف أيهما أحق ؟ القرابة القريبة كالعمة والخال والخالة ؛ أم جماعة المسلمين عامة نجد أن الفريقين يشتركان فى وصف عام وهو الإسلام ، وذوو الأرحام ينفردون بوصف خاص . وهو القرابة ، فكانت القرابة مرجحة ، على فرض أنها لا تكون مثبتة لأصل الانفراد .

١٦٦ — ولقد اختار رأى سيدنا زيد الإمام مالك والإمام الشافعى رضى الله عنهما ، ووجه اختيارهما أن الله سبحانه وتعالى فى محكم آية تولى القسمة العادلة بين الوارثين ، ولم يعط ذوى الأرحام شيئاً ، ولم تصح فى ميراثهم سنة ، فيكون إعطاؤهم من غير نص ولاحمل على نص ، ولايثبت حق لأحد من غير نص أوحمل عليه . بل لقد صح عندهما أن النبى ﷺ سئل عن ميراث العمة والخالة ، فقال : أخبرنى جبريل أن لا شىء لهما ، وقوله تعالى: « وأولو الأرحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله » وقوله تعالى : « للرجال نصيب مما ترك الوالدان والأقربون وللنساء نصيب مما ترك الوالدان والأقربون » — آيتان مجملتان بينتهما آيات المواريث فلا تدلان بعمومهما على معنى جديد ، لأن العام إذا التقى مع الخاص حمل عليه ، لأنه يكون كالمجمل بالنسبة لما يبينه .

وإن مقتضى المذهب الشافعى ، والمذهب المالكى أنه لا رد ولا يرث ذوو الأرحام ، وأن بيت المال أولى من الرد على ذوى الفروض ، وأولى من إعطاء ذوى الأرحام ، لأن جماعة المسلمين وارث من لا وارث له ، ولم يقم دليل من النصوص على الرد ، وتوريث ذوى الأرحام ، ولا قياس فى هذا المقام يوجب الحمل على النص ، وعلى ذلك يكون المال لجماعة المسلمين ، فيكون المال لبيت مال المسلمين .

وإن ذلك يقضى أن يكون القائم على بيت المال عدلا ، يعطى كل ذى حق حقه، ويصرف مال بيت المال فى مصارفه ، أما إذا لم يكن بيت المال منظماً ، ولم يكن القائم عليه عادلا يصرف مال المسلمين فى مصارفه الشرعية فإن الأساس الذى بنيت عليه الأولوية قد تغير ، ويجب النظر فى الأمر من جديد .

ولذلك لما فسد نظام بيت المال فى القرن الثالث الهجرى ، واستمر الفساد كان من علماء الشافعية والمالكية من أفتوا بأن ذوى الأرحام يأخذون بدل بيت المال ، وقد صار ذلك الرأى هو المفتى به من بعد ، ولقد صرح الشافعى بأن أخذ ذوى الأرحام فى هذه الحال هو من باب رعاية المصلحة ،

لا من باب التوريث ، إذ التوريث لا بد أن يثبت بنص ، أو حمل على نص .

١٦٧ — هذا هو الإختلاف فى أصل توريث ذوى الأرحام ، والذين رأوا توريثهم اختلفوا فى ذلك على ثلاث طرائق ، كل طريقة تنبعث من فكرة معينة :

الأولى — طريقة أهل الرحم ، وهؤلاء يسوون بين ذوى الأرحام فى العطاء لا يفرقون بين صنف وصنف ، ولا بين درجة ودرجة ، ولا بين قرابة قوية وأخرى ضعيفة . فلو كان للمتوفى أخت ، وبنت بنت ، فإن الميراث يكون بينهما على السواء ، ولو ترك ابن أخت ، وبنت ابن أخ ، فالميراث بينهما على السواء ، وإن ترك عمه وبنت أخ فهما سواء ، وهكذا ، وذلك لأن السبب الموجب للميراث هو الرحم ، وهى متحققة فى الجميع من غير تفرقة ، بين صنف وصنف ، وتحققها فى الجميع بقدر مشترك ، فيثبت الميراث للجميع على السواء ، ولأن أساس التفاوت بين أصحاب الفروض وبين العصابات هو النص ، ولانص فى نظام التوريث بين ذوى الأرحام بحيث يقدم فيه صنف على صنف ، أو درجة على درجة ، أو قرابة على قرابة ، ومادام ، لانص ينظم ، فالعلة المشتركة هى التى تسير ، وهى فى الجميع على السواء .

ولقد كان من انصار هذا الرأى كما حكى السرخسى فى مبسوطه حسن بن ميسر ونوح بن ذراح ، وليس ثمة أحد من معتنق هذا الرأى من بعد ذلك فى المذاهب الإسلامية المشهورة .

١٦٨ — الطريقة الثـــانية — طريقة أهل التنزيل ، ، وهؤلاء لا ينظرون إلى الموجودين من ذوى الأرحام ، بل ينظرون إلى الذين يدلون بهم من أصحاب الفروض أو العصبات ، فيعطون للموجود من ذوى الأرحام نصيب من يدلى به من أصحاب الفروض أو العصبات .

فإذا كان للمتوفى بنت بنت وابن أخت شقيقة ، وبنت أخ لأب ، وبنت عم ، نظروا إلى من يدلون به ، وكأن المسألة فيها بنت ، وأخت شقيقة وأخ لأب وعم ، وتقسم التركة على فرض وجودهم ، وما يعطاه كل واحد يكون لفرعه الموجود من ذوى

الأرحام ، والتقسيم فى هذه يجعل الميراث بين البنت والشقيقة ، فيكون للبنت النصف يعطى ابنتها ؛ ويكون للأخت الشقيقة النصف الآخر تعطاه ابنتها ؛ ولاشىء لبنت الأخ لأب ولا لابن العم أو العمة .

٢ — ولو كان للمتوفى بنت بنت ، وبنت بنت ابن ، وبنت عم شقيق ، فإنه يفرض الميراث بين بنت ، وبنت ابن وعم شقيق ، ويكون للبنت النصف تعطاه بنتها ، ولبنت الابن السدس تعطاه بنتها ، وللعم الباقى وهو الثلث تعطاه بنته .

٣ — وإذا كان للمتوفى بنت بنت ابن ، وبنت أخ شقيق ، فإن التوريث يكون بين بنت ابن ، وأخ شقيق ، فيكون لبنت الابن النصف تعطاه بنتها ، والباقى للأخ فتعطاه بنته ، ويلاحظ أنه ينظر عند التوزيع إلى الادلاء ، لا إلى الأصل وحده ؛ وإذا نظر إلى ذلك ، فإنه إن تفاوتت درجات الإدلاء بالوارث ، فالأقرب فى الإدلاء به يكون هو الأولى بالميراث ؛ فاذا كان للمتوفى بنت بنت بنت وبنت بنت ابن ، فان الميراث كله يكون لبنت بنت الابن ، لأنها أقرب إدلاء بالوارث ، إذ تكون الموازنة بين بنت بنت وبنت ابن ؛ وهذه تختص بالميراث دون غيرها[1].

---

(١) مذهب أهل التنزيل أنهم ينزلون الواحد من ذو الأرحام منزلة من يدلى به إلى الميت من ذوى الفروض أو العصبات ، ويعطونه نصيبه ، فينظر إلى أقرب أصل من ذوى الفروض أو العصبة ، إلا فى الأخوال والخالات والعمات ، فإنه ينظر إلى الأب والأم لمقام النص ، ويلاحظ فى الإدلاء أن من قرب من يدلى به من العصبة أو صاحب الفرض أولى ممن بعده ؛ ويقسم بين كل طائفة نصيب من تدلى به على السواء ، إذا كانوا يدلون بأولاد الأم ، أما إن كانوا يدلون بغيرهم فالحنابلة قالوا إنهم يستحقون على سواء ، ومتأخروا المالكية والشافعية قالوا إنهم كن يدلون به للذكر مثل حظ الانثيين .

هذا وإذا كان فى المسألة أحد الزوجين يأخذ نصيبه ، ويقسم الباقى بين ذوى الأرحام كأنه تركة قائمة بذاتها ؛ فإذا كان المتوفى ترك زوجة ، وبنت بنت أخ شقيق ، فالزوجة تأخذ الربع وبنت البنت تأخذ نصيب أمها كما لو كانت التركة هى ثلاثة الارباع الباقية ، فتأخذ نصفها ، وتأخذ بنت الأخ النصف الباقى لأنه نصيب أبيها ، وهذا هو =

هذه طريقة أهل التنزيل فى توريث ذوى الأرحام وهى مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ولما أخذ المتأخرون من المالكية والشافعية مبدأ توريث ذوى الأرحام ، عند عدم انتظام بيت المال أخذوا هذه الطريقة . وساروا عليها ، ولم يأخذوا بالطريقتين الأخريين .

والأساس الذى بنى عليه أهل هذه الطريقة نظرهم أن النبى ﷺ ورث خالة وعمة ، ولم يكن ثمة ورثة غيرهما ، فأعطى العمة الثلثين ، وأعطى الخالة الثلث ، وإن ابن مسعود ورث ابنة بنت . وبنت أخت ، فجعل المال بينهما نصفين ؛ فحديث النبى ﷺ يدل على أن النظر فى توريث ذوى الأرحام لا يكون إلى أشخاصهم إنما يكون إلى من يدلون به من صاحب فرض أو عصبة ، والعمة تدلى بالأب ، والخالة تدلى بالأم ؛ فيكون الميراث بين الأب والام ؛ وفتوى ابن مسعود تؤكد ذلك التفسير .

وفوق ذلك لا دليل على التوريث لذوى الارحام إلا عموم النصوص ؛ وهى لم تبين مقادير ، ولا طرق ترجيح ؛ فكان حقا علينا أن ننظر إلى من يدلون بهم من ورثة أصحاب فروض أو عصبات ؛ لانهم الطريق لقرابتهم ؛ فنقسم بينهم الميراث ، فإن كان أحدهم أولى ، أو أكثر إستحقاقا كان ذلك هو المبين للمقادير . والمرجح بينهم ، ولا طريق للترجيح يعتمد على النص سوى ذلك . وكل طريق غير ذلك ؛ لا يعتمد على تقدير الشارع ؛ فإن ذلك هو الطريق الوحيد للحمل على ما قدره الشارع الإسلامى من سهام وأنصبة .

= المشهور عند أهل التنزيل ، وهناك طريقة أخرى فى هذه الحالة ، وهو أن تعطى الزوجة الثمن بفرض وجود الفرع الوارث وهو البنت ويكون أصل المسألة — ٨ — والبنت تأخذ النصف وقدره أربعة اسهم ، ويأخذ الأخ الثلاثة الباقية ، ثم يكمل نصيب الزوجة ، فتأخذ سهما أولا وسهما مكملا والباقى يكون ستة أسهم تقسم بنسبة ٤ إلى ٣ أى تقسيم على سبعة ، وكان ذلك التقسيم الأول لتبين النسبة بين البنت والأخ ، وما يأخذه كل يكون لبنته .

١٦٩ — الطريقة الثالثة : طريقة أهل القرابة ، وهى أنهم فى ترتيبهم لذوى الأرحام ينظرون إلى قرابتهم فى ذاتها من حيث قوة الأولوية فيها ، فإنه لا شك أن القرابة مختلفة فى قوتها ، وهى فى ذلك مراتب ؛ وقرروا أن المستحق من ذوى الأرحام هو أول قريب ، كما أن المستحق فى التعصيب هو أقرب رجل ذكر . فقاسوا الأولوية فى القرابة بالنسبة لذوى الأرحام على الأولوية فى القرابة بالنسبة للعصبات ؛ وعلى ذلك قسموا ذوى الأرحام إلى أصناف ، كما قسمت العصبات إلى جهات ؛ واعتبروا الأولى من ذوى الأرحام الفروع ، كما كان الأولى من العصبات الفروع أيضاً ، وهكذا ؛ واعتبروا الترجيح بقرب الدرجة ثم بقوة القرابة ، ثم يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، كما هو ثابت بين العصبات ؛ وبالجملة قاسوا الأولوية فى ذوى الأرحام على الأولوية فى العصبات ، وساروا فى توريث ذوى الأرحام بالطريقة الثابتة فى العصبات ، وإن تلك الطريقة هى مذهب على رضى الله عنه ، وبه أخذ الحنفية ، ولذلك قسموا ذوى الأرحام ذلك التقسيم الذى ذكرناه عند شرح القانون ، ورتبوا بينهم ذلك الترتيب الذى بيناه على اختلاف جزئى فيما بينهم فى التوزيع لا فى أصل الطريقة .

والفرق الجوهرى بين مذهب أهل التنزيل ، ومذهب أهل القرابة ، أن مذهب أهل التنزيل لا يترتب بين الأصناف ، فلا يقدم صنفاً على آخر ؛ بينما مذهب أهل القرابة يقدم الأصناف بعضها على بعض ، وأن قرب الدرجة لا اعتبار له عند أهل التنزيل ، بل العبرة بقرب الإدلاء بوارث صاحب فرض أو عصبة ، فمن يدلى عن قريب بذى فرض أو عصبة أولى ممن يدلى عن بعيد ، أما مذهب أهل القرابة ، فإن قرب الدرجة أول طرائق الترجيح بين آحاد الصنف الواحد .

١٧٠ — انتهينا من بيان الطرائق الثلاث لتوريث ذوى الأرحام ، وقد ذكرنا أن المذهب الحنفى هو الذى حمل لواء مذهب القرابة ، وأن هناك اختلافاً جزئياً بين أئمته فى طريق التوزيع والترتيب ، والآن نشير إلى هذه الخلافات ، وقد بينا ترتيب الاستحقاق فى ذلك المذهب ، وهو الذى سار عليه القانون ، واختار

فى توزيع الاستحقاق إحدى الطريقتين المشهورتين فى المذهب الحنفى ، وكانتا موضع الخلاف بين أبى يوسف ومحمد رضى الله عنهما ، وأن القانون اختار طريقة أبى يوسف ، وترك طريقة محمد ، التى كان معمولا بها من قبل ؛ لأنها كانت المختارة فى الفتوى .

ولم يحصل اختلاف بين الأئمة فى المذهب الحنفى فى الترتيب الذى شرحناه آنفاً ، إلا شيء يروى عن أبى حنيفة ، من أنه يقدم الأصول من ذوى الأرحام على الفروع ، وقد روى هذه الرواية عنه أبو سليمان عن محمد بن الحسن ، وروى بجوار هذه الرواية رواية أخرى رواها عنه الحسن بن زياد ، وأبو يوسف ، عن أبى حنيفة ، أن الأولى فى الترتيب الفروع ، كما هو رأى الصاحبين ، والمشهور فى المذهب ، ويوفق بعض الفقهاء بين الروايتين بأن الرواية الأولى كانت رأيه الأول ، والرواية الثانية المتفقة مع رأى الصاحبين هى رأيه الأخير ، وهذا توفيق حسن لو كان له سند من الرواية أيضاً ؛ ولم يعتمد على الإمكان العقلى المجرد .

وما عدا هذا الخلاف الجزئى فى ترتيب الاستحقاق ؛ هو موضع اتفاق ، فالتقديم بالصنف ، ثم بالدرجة ، ثم بالإدلاء بوارث ، ثم ينظر قبل الإدلاء إلى جعل كل حيز من القرابة صنفاً قائماً بذاته ، يرتب بين آحاده بالإدلاء بوارث ، فى الصنفين الثانى والرابع إلى آخر ما بينا ، فى ضوابط الترجيح .

١٧١ — والخلاف بين أبى يوسف ومحمد هو بالإجمال فى أمرين :

أحدهما — أن أبا يوسف عند التساوى فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى قوة القرابة ، فيقدم الأقوى عند التفاوت بينهم فيها ، فإن تساووا يقسم على ذوى الأرحام الموجودين من غير نظر إلى أصولهم ، وإنما ينظر إليها ليتبين أيهم أقوى قرابة فيعطيه ، ولا يلتفت إلى ما سوى ذلك ، ويسرى هذا فى الصنف الأول ، والصنف الثانى ، والثالث ، والرابع ، فالقسمة عنده على الموجودين من ذوى الأرحام ، من غير نظر إلى ما يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة فيمن يدلون .

أما الإمام محمد فعند الاتحاد فى الدرجة والإدلاء بوارث ، ينظر إلى أقرب

شخص للميت يدلون به من حيث الذكورة والأنوثة ، والإستحقاق ، فيقسم عليه ، ثم يعطى ما استحقه إلى من يليه فى الإتصال ، فإن كانوا ذكوراً جميعاً أو إناثاً جميعاً قسم حتى يصل إلى الفرع الموجود ، وإن اختلفوا قسم للذكر مثل حظ الانثيين ؛ وهكذا ، ويتعدد الأصل بتعدد فرعه ؛ فالقسمة عنده لا تكون على أبدان المستحقين، بل تكون القسمة عنده على أقرب من يدلون به ، ويكون عنده الإختلاف فى الذكورة والأنوثة ، ثم تنحدر القسمة على من يليه مع جعل الذكور طائفة والإناث طائفة ، ثم الذين يلونهم كذلك ، مع تعدد الأصل بتعدد فرعه ، ويرث الشخص من جهتين إن تعددت قرابته وهذا هو الأمر الثانى ، ولنضرب لذلك الأمثال .

(ا) ميت مات عن : بنت بنت بنت

ابن ٤ بنت ٢ بنت ١

بنتى ٦ وابن

ففى هذا المثال يقسم محمد على الطبقة الأولى ، ويعد الواحد بتعدد فروعه ، وبما أنها كلها إناث ، فيكون بالسوية مع ملاحظة التعدد ، فلا يبتدىء التقسيم إلا حيث تكون الطبقة التى تختلف فيها الذكورة والأنوثة ؛ ففى هذه الطبقة يبتدىء فيكون الذكور طائفة ، والأناث طائفة ، ويعدد الأصل بتعدد فرعه ، وهنا كانت الذكورة والأنوثة فى الطبقة الثانية ، فيعد الابن فيها بأبنين ، والبنت التى بجواره بنتين والبنت الأخيرة ببنت واحدة ، فتقسم التركة إذن فى هذه الطبقة على سبعة اختص الابن الذى عد باثنين بأربعة ، والبنت التى عدت باثنتين باثنين ، والبنت الأخيرة بواحد . ويذهب ما للأصل إلى الفرع فيختص ابن بنت البنت بواحد ، وبنتا ابن البنت اللتان هما بنتا بنت بنت بستة .

(ب) توفى شخص عن : أب ١ أم ٢ أم ٦

أم أب أب

أب أب أم

أم ٢ أب ٦

ففى هذه الصورة تقسم بين الأم والأب ، فتختص قرابة الأم بالثلث ، وقرابة الأب بالثلثين ؛ وماخص قرابة الأب يعطى أم أبى أم الأب ، لعدم تعدد آحادها ؛ وماخص قرابة الأم ، يقسم بين آحادها على إختلاف بين الذكورة والانوثة ، فيقسم بين أبى أم أبى أم الميت ، وأم أبى أبى الأم ، اثلاثا ، ثلثه للأول والثلثان ، للثانية وماخص كل واحد يذهب لأصله الموجود .

ويلاحظ هنا أن الأصول لا تتعدد بتعدد الموجودين من فروعهم ، بخلاف الحال فى المثال السابق فى الفروع ؛ إذ هى تتعدد بتعدد الفروع ؛ والفرق بينهما أن تعدد الأصول بتعدد فروعهم فى الصنف الأول ؛ لأن الأصول التى تتعدد بتعدد فروعها ، هى فروع ، فهما تتعدد فهى فروع ، والفروع للميت تتعدد ، وتتكاثر ، أما الأصول فإنها لا تتعدد بتعدد الموجودين من الأصول ؛ لأن أصول الشخص أبوه أو أمه ؛ ولايتصور تعددهما ، فلا يتصور للميت أبوان أو أمان ، ولذلك كان لا يتعدد الأصل بتعدد الأصول التى يدلى بها .

(ح) وإذا توفى شخص عن :

أخت لأب ٣	أخت شقيقة ٩	أخت لأم ٣
بنت ١ ابن ٢	بنت	ابن
ابن ١ بنت٢	ابن ٩	بنت ٣

ففى هذه المسألة يقسم الميراث بين الأخوات الشقيقة ، ولأب ، ولأم ، فيكون النصف للشقيقة ، والسدس للأخت لأم ، والسدس للأخت لأب ، وتقسم التركة أخماسا ، ثلاثة أخماسها للأخت الشقيقة تكون لفرعها ، وخمسها يكون للأخت لام ، يكون لفرعها ، وخمسها للأخت لاب يكون بين فروعها ، وقد تعددوا فيسلك معهم ما سلكناه فى المثال الاول ، من حيث تعدد الاصل بتعدد فرعه ، والميراث من جهتين . والقسمة على أول طبقة تختلف ذكورة وأنوثة .

(ى) وإذا توفى شخص عن :

عمة شقيقة ٤	خالة لأب ٢
بنت ٢ ابن ٢	ابن
ابنى ٢ بنت ٢	بنت ٢

فى هذه المسألة يكون للعمة الثلثان لأنها قرابة الأب ، وللخالة الثلث لأنها قرابة الأم ، وما خص الخالة يعطى فرعها ، وما خص العمة يعطى فروعها ، على التقسيم الذى ذكرناه فى المثال الأول ، فيقسم بين بنت العمة ، وابن العمة ، وتفرض بنت العمة اثنتين لتعدد فرعها ، فيكون نصيبها باثنتين ، ويختص ابن العمة بنصيب اثنتين لأنه مذكر ، وما استحقته بنت العمة يكون لفرعها ، والآخر لفرعه .

١٧٢ — هذه طريقة الإمام محمد رضى الله عنه فى التقسيم بين ذوى الأرحام إذا اتحد الصنف ، واتحدت الدرجة ، واتحدت الحيز وتعددوا ، وقد أتينا بمثل لكل صنف ، وتراها جميعها تسير على منطق واحد ، ولقد روى أن ذلك رأى أبى حنيفة أيضاً .

ويلاحظ أن أبا يوسف ومحمدا يتفقان فى جملة أمور :

أولها — فى ترتيب الأصناف الأربعة .

ثانيها — فى أنه حيث اختلفت الدرجة فإن صاحب الدرجة الأقرب أولى ،

ثالثها — فى أنه إذا اختلف حيز القرابة فى الصنف بأن كان القسم طائفتين ، إحداهما تدلى بالأم والأخرى بالأب ، يجعل لقرابة الأم الثلث ، ويوزع بين من يدلون بها مهما يتعددوا ، ولقرابة الأب الثلثان يوزعان بينهما مهما يتعددوا ؛ ويتحقق اختلاف الحيز فى الصنف الثانى والصنف الرابع .

رابعها — أنه روى عن أبى يوسف أنه يورث القرابتين فى ذوى الأرحام ، سواء اتحد الحيز أم اختلف ، وقد روى هذه الرواية عنه علماء ماوراء النهر ، وهى المشهورة عندهم ، ولكن روى عنه علماء العراق وخراسان رواية أخرى ، وهى أن ذا الرحم لايرث القرابتين ما دامت الجهة واحدة ، سواء اتحد الحيز

أم اختلفت ؛ وذلك يتفق مع منطقه فى توريث الجدات كما هو مشهور ؛ فإنه لا يورث بالفرض الجدة ذات القرابتين إلا على أنها واحدة ، لاتحاد جهة التوريث .

ولقد أخذ قانون الميراث فى هذا الجزء بمذهب محمد وسائر الأئمة عند اختلاف الحيز ، وأخذ بمذهب أبى يوسف برواية العراق عند اتحاد الحيز ؛ وهو منطق فى الاختيار مستقيم ؛ لأن اختلاف الحيز يشبه اختلاف الجهة ، فيكون كالتوريث من جهتين ، أما اتحاد الحيز وتعدد القرابة ، فلا يمكن أن يسرى عليه معنى اختلاف الجهة .

١٧٣ — هذه أوجه الاتحاد بين المذهبين فى توريث ذوى الأرحام ، أما وجوه الاختلاف ، فجوهرها كما بينا :

(ا) أن أبا يوسف ينظر إلى ذوى الأرحام الموجودين فعلا ، ولا ينظر إلى أصولهم إلا بمقدار قوة قرابتهم ، ويوزع عليهم عند اتحاد الدرجة والصنف ، وقوة القرابة للذكر مثل حظ الانثيين على النحو الذى بيناه ، وإنه لا ينظر عند اختلاف الذكورة والأنوثة إلا على الموجودين فعلا من ذوى الأرحام ، أما أصولهم فلا عبرة باختلافهم عنده ، إلا عند اختلاف الحيز ، أما عند اتحاده فلا ينظر ، أما محمد فينظر إلى أول اختلاف فى الأصول ، ويقسم عليه .

(ب) وأن أبا يوسف لا يعتبر إلا عدد الموجودين ، وأما محمد فيعدد الأصول بتعدد فروعهم عند إمكان ذلك وتصوره ، هذا جوهر وجوه الاختلاف وقد استدل محمد بثلاثة أدلة :

أولها — أن الصحابة أجمعوا على أنه إذا كانت عمة وخالة يكون للعمة الثلثان وللخالة الثلث باعتبار أن هذه من قرابة الأم ، وتلك من قرابة الأب ، وأنه عند اجتماع الأب والأم يكون للأب الثلثان ، وللأم الثلث ، وأن هذا المنطق ينير السبيل عند كل توزيع لذوى الأرحام ؛ فإنه ينظر عند أول اختلاف فى الأصول فى الذكورة والأنوثة ، ويوزع للذكر مثل حظ الانثيين ، كما وزع بين أصل

العمة ، والخالة ، واعتبر أول إدلاء لهما ، فكذلك يعتبر عند النظر إلى الإدلاء ينظر إلى أول الاختلاف فى الذكورة والأنوثة .

ثانيها — أن المتفق عليه بين الفقهاء أنه يرجح من أدلى بوارث ؛ وفى هذا ينظر إلى الأصول ، فكان ذلك نظراً إليهم من غير نظر إلى ذوى الأرحام أنفسهم وكان من مقتضى ذلك أن يكون التوزيع أولا على الأصول مادمنا قد طرحنا النظر إليهم أنفسهم عند الترجيح .

ثالثها — وهو الدليل على تعدد الأصل بتعدد الفرع ـ أن الباعث على النظر إلى الأصل عند اختلافه ذكورة وأنوثة هو وجود الفرع ، فكان الفرع هو العلة فى ذلك النظر ، وحيث تعدد الفرع فقد تعددت العلة ، فيتعدد الأصل مادام يتصور فى الامكان العقلى تعدده .

هذه أدلة محمد ، وهى أقيسة دقيقة ، ولكنها ظنية ليست قطعية ، فهى مجموعة ظنون ، وإن تعددت ، ودليل أبى يوسف رضى الله عنه أن ذوى الأرحام إن استووا فى أسباب الاستحقاق ، ولم يوجد مرجح يرجح فريقاً على فريق منهم كان النظر فى الذكورة والأنوثه إلى أبدانهم أنفسهم ، لا إلى أصولهم ، ألا ترى أنه لو كان بأحد مانع لايستحق من غير نظر إلى أصله ، فكذلك فى العطاء ينظر إليهم أنفسهم من غير نظر إلى أصولهم .

وقد أجاب عن استدلال محمد بأن التفرقة بين العمة والخالة ليست بسبب النظر إلى الأصول وحدها ، بل لأن ذلك أدى إلى اختلاف جهة التوريث ، واختلاف الجهة يؤدى إلى اختلاف السبب ، وحيث اختلف السبب فإن الاستحقاق يختلف .

وأما عند التساوى فى الاستحقاق والسبب فلا موجب للنظر إلى الأصول ؛ والترجيح بالادلاء بوارث ليس توزيعاً بين الأصول ، إنما ترجيح بين المستحقين أنفسهم بقوة نسبهم .

١٧٤ — هذه أدلة الفريقين ، والناظر إلى لب هذا الخلاف بين أبى يوسف

ومحمد يرى أن أبا يوسف أخذ بنظرية أهل القرابة أخذاً مجرداً ، فرتب بين المستحقين بأصنافهم ، ثم بدرجة القرابة ، ثم بالادلاء بوارث . ثم بقوة القرابة ، ثم نظر إلى المستحقين أنفسهم ، ولم يقسم على أصولهم قط ، ولم ينظر إليها ، إلا لترجيح بعضهم على بعض فى بعض الأحوال ، لترتيب درجات الاستحقاق ، ولم يتجه إلى الأصول إلا عند اختلاف حيز القرابة ، لأنه اعتبر ذلك اختلاف جهة التوريث ، وبذلك النظر أخذ قانون الميراث ، كما بينا .

أما مذهب محمد وأبى حنيفة ، فهو فى ليه اتجاه إلى نظر أهل القرابة مع بعض الاقتباس من نظرية أصل التنزيل ، أو هو فى الواقع مزج بين طريقة أهل التنزيل ، وطريقة أهل القرابة ، فهو أخذ من طريقة أهل القرابة الترجيح بين الاصناف ، والترجيح بالدرجة والادلاء بوارث ، وأخذ من طريقة أهل التنزيل ، التقسيم بين الذكر والانثى عند أول اختلاف بينهما .

ولعل أوضح ماأخذه من طريقة أهل التنزيل ما يكون فى توزيع الميراث بين المستحقين فى الصنف الثالث ، فإنك تراه يقسم عند التساوى فى الدرجة والادلاء بوارث على الاخوة والاخوات أنفسهم ملاحظاً استحقاقهم ويعددهم بعدد فروعهم على ماهو مبين .

هذا تحقيق القول فى ذوى الارحام ، والمعمول به هو مذهب أبى يوسف وقد رجحه السرخسى ، واختاره القانون وقد شرحناه ، وضربنا عليه الامثال فى صدر كلامنا ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

٥ — الرد على أحد الزوجين

١٧٥ م — بينا معنى الرد، واختلاف الفقهاء فيه ؛ وقلنا إن جمهور الصحابة على أنه لا يرد على الزوجين، وإن عثمان بن عفان رضى الله عنه هو وحده الذى اختار الرد على كل أصحاب الفروض ؛ ومنهم الزوجان من غير فرق بين الفرض بسبب الزوجية، والفرض النسبى .

وقلنا إن قانون الميراث أخذ بذلك المذهب فى الرد على الزوجين إذا لم يكن أحد من ذوى الأرحام ؛ وبذلك تكون المرتبة التى تلى ذوى الأرحام هى الرد على أحد الزوجين، فلو كان للمتوفى زوجته وحدها، ولم يكن ثمة وارث قط من الأقارب عصبات أو أصحاب فروض أو ذوى أرحام فان الميراث كله يكون للزوجة فرضاً، ورداً، وكذلك إذا كان المتوفى زوجه فان زوجها يأخذ كل مالها فرضاً ورداً إذا لم يكن أحد من أقاربها مطلقاً .

أما اذا اجتمع الزوج أو الزوجة مع أحد من ذوى الأرحام ؛ فان الزوج أو الزوجة يأخذ فرضه، والباقى يأخذه ذو الرحم المستحق له ذكراً كان أو أنثى، فاذا كان المتوفى زوجة وبنت بنت استحقت الزوجة الربع، واستحقت بنت البنت الباقى، وإذا كان للمتوفاة زوج وأبو أم، وابن أخ لأم استحق الزوج النصف، وأبو الأم الباقى ؛ ولم يستحق ابن الأخ لأم شيئاً لأن الصنف الثانى مقدم على الصنف الثالث .

وإذا كان للمتوفى زوج، وابن بنت، وخالة، فان الزوج يأخذ النصف، وابن البنت يأخذ الباقى، ولا تأخذ الخالة شيئاً ؛ لأن الصنف الأول مقدم على من سواه من باقى الأصناف، وهكذا .

٦ — العصبة السببية

١٧٦ م — يقصد بالعصبة السببية الميراث بولاء العتاقة ؛ وهو لا يثبت على من كان حر الأصل ، بل يثبت على من كان معتقاً ؛ أو فرعاً لمعتق ؛ ووراثته تكون للمعتق ذكراً كان أو أنثى ، ولعصبة المعتق من الذكور فقط ، فليس فيه عصبة بالغير ، ولا مع الغير .

والأصل فى ذلك أن العتق يجعل صلة بين المعتق ومن أعتقه ، ويجعله كأقاربه بحيث يرث منه ، ومرتبته تلى ذوى الأرحام والرد على الزوجين ، كما هو نص القانون ، فلو كان للمتوفى زوجة أو أحد من ذوى الأرحام ما استحق المعتق أو عصبته شيئاً ، أما إذا لم يكن أحد من هؤلاء قط ؛ فان الميراث يكون له .

وقد تبين ذلك فى ترتيب درجات الاستحقاق فى أول كلامنا :

١٧٧ — والميراث بالعصبة النسبية يثبت لمن يأتى بالترتيب .

(١) للمعتق ذكراً كان أو أنثى . فاذا كان لامرأة أمة فأعتقتها ، كان ميراثها لها ، إذا لم يكن لها أحد قط من أقاربها ، ولم يكن لها زوج ؛ وترث المعتقة لكونها عصبة سببية ، وكذلك إذا كان المعتق ذكراً ؛ وهذا لقوله ﷺ « الولاء لمن أعتق » ولقوله عليه السلام « الولاء لحمة ، كلحمة النسب » وقد أثبت النسب الميراث ، فيثبت الولاء مثله .

(ب) فإذا كان المعتق نفسه غير موجود ، ولا أقارب للمتوفى ، ولا أحد الزوجين ، كان الميراث لعصبة المعتق من الذكور فقط ، ولا يدخل فيهم النساء عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ؛ لأن العصبة السببية أساسها النص ، وقد ورد فى الذكور دون الإناث ، ولأن عمل الصحابة كان على ذلك ، فلم يكن فى الولاء عصبة من النساء إلا من اعتقن ، وينسب إلى النبى ﷺ أنه قال : ليس للنساء من الولاء إلا من اعتقن ، أو اعتق من اعتقن » .

وترتيب عصبات المعتق ، كترتيبهم فى النسب تماماً ، فتقدم جهة البنوة جهة الأبوة للمعتق ، وجهة الأبوة على جهة الاخوة ، وهكذا .

بيد أن أبا يوسف قد نص على أنه إذا كان للمعتق ابن ، أو ابن ابن ، وله أب ، فإن الأب لا يحجب حجب حرمان ، بل يكون له السدس ، وللابن أو ابن ابن الباقى ؛ وذلك لما هو معلوم من أن الأب له على مال ابنه نوع من الملك ؛ فإذا اعتق عبدا ؛ فللأب فى ذلك نوع ولاء يثبت له ابتداء ؛ لذلك قرر أبو يوسف أن يكون له السدس ، مع هذا الابن ، وللقياس على حال العصبة النسبية فان الأب يكون له السدس ، مع أن الابن أو ابن الابن هو العصبة النسبية .

ويلاحظ أيضا أن الجد هنا يشترك فى التعصيب مع الإخوة الأشقاء أو لأب ، ويشاركونه فيه على حسب القانون ، إذا اعتبر التعصيب السببى كالنسبى فجعلهم [1] يشاركونه لتكون الأحكام واحدة .

(ح) وإذا لم يكن للشخص معتق له ، ولا عصبة له لانقراضهم ، وانقراضه أو عدم وجودهم ؛ فانه تكون العصبة السببية مُعتق معتقة ، إن كان معتقة لم يكن حر الأصل ؛ وذلك لأن الولاء يتسلل فيثبت على المُعتَق ، وينسحب منه إلى من أعتقه هو ؛ ويستحق ذلك معتق المعتق سواء أكان ذكرا أم أنثى ، لعمل الصحابة ، وللأثر المنسوب إلى النبى ﷺ ، الذى أخذ الصحابة بمعناه ؛ وإن كان فى رواية نصه نظر .

---

(١) يلاحظ أن ذلك لم يبينه القانون صراحة ، بل جاء فيه ضمنا ، وقد بينت المذكرة التفسيرية كيف اشتمل القانون على ذلك ، ففيها .

« سوى بين العصبة النسبية ، والعصبة السببية فى مشاركة الإخوة الأشقاء أو لأب للجد فى الميراث ؛ إذ لا وجه لاختلاف الحكم ، وأخذ فى توريثهم بمذهب الصاحبين ويلاحظ أن حكم التسوية ، وإن لم يذكر صراحة فى المادة ٤٠ من المشروع ، فإن هذا الحكم مستفاد من النص فيها على أنه عند عدم المعتق ينتقل الإرث إلى عصبته بأنفسهم على الترتيب المذكور فى المادة ـ ١٧ ـ ومن النص على أن نصيب الجد فى العصبة السببية لا ينقص دائما عن السدس » .

السير هنا كان على مقتضى مذهب على ، وليس على مقتضى مذهب زيد الذى اختاره الصاحبان ، فليس القانون سائرا على مذهب الصاحبين كما ذكرت المذكرة .

فان لم يكن هذا المعتق للمعتق موجوداً ، وله عصبة نسبيون فانهم يرثون على ألا يستحق منهم إلا الذكور ، فلا يستحق الإناث [1] شيئاً على وجه كونهم عصبة بغيرهم أو مع غيرهم ، ومع ملاحظة أن الجد يشارك الأشقاء أو لأب ، كما بينا ؛ وهكذا معتق معتق المعتق وعصبته إن كان أحد من هؤلاء .

(ى) وإذا لم يكن معتقه موجودا ، ولا عصبه ، ولا معتق معتقه ، ولا عصبته ، ولا ورثة له ، ولكن لشخص ولاء عتاقة عليه بطريق آخر ، فانه يأخذ ميراثه إن لم يكن له ورثة قط ، ويثبت الولاء بغير الإعتاق للمتوفى فى حالين :

أولاهما — فى ثبوت الولاء على فروع من أعتقه ؛ إذا كانت أمه أمة عتيقة ، ومثال ذلك أن يتزوج عتيق عتيقة ، فولدهما يكون حراً ، وولاؤه لمن أعتق أباه ، لأن النسب إلى الأب ، وأبوه يرتبط بصلة الولاء لمن اعتقه ، وكذلك إذا تزوج عتيق عتيقة ، ثم تزوج ابنهما عتيقة أخرى فأنجب ولدا فان ولاءه يكون لمعتق جده ، ففى هذه الصورة وسابقتها يثبت الولاء ابتداء مع أن الإعتاق لم يقع على المتوفى نفسه ، بل وقع على أبيه أو وقع على جده ، ويشترط فى هذه الحال أن تكون الأم غير حرة الأصل ، لأنها لو كانت حرة الأصل فولدها يتبعها ، ولا ولاء لأحد عليه .

---

(١) قال بعض الفقهاء إنه إن كان بيت المال غير منتظم ، ويقوم عليه غير عادل تعطى الإناث فلو كان للعتيق بنت معتق أخذت . هذا وقد اشتملت على أحكام العصبة النسبية المادتان ٣٩ ، ٤٠ ، وهذا نصهما : مادة ٣٩ ـ العاصب السببى يشمل «١» مولى العتاقة ومن أعتقه أو أعتق من أعتقه . «٢» عصبة المعتق أو عصبة من أعتقه أو أعتق من أعتقه .
«٣» من له الولاء على ميت ، أمه غير حرة الأصل بواسطة أبيه ، سواء أكان بطريق الجر أم غيره ، أو بواسطة جده بدون جر .
مادة ٤٠ — يرث المولى ذكراً كان أو أنثى معتقه على أى وجه كان العتق ، وعند عدمه يقوم مقامه عصبته على ترتيبهم المبين بالمادة ١٧ — على ألا ينقص نصيب الجد عن السدس ، وعند عدمه ينتقل الإرث إلى معتق المولى ذكراً كان أو أنثى ، ثم إلى عصبته بالنفس وهكذا ، وكذلك يرث على الترتيب السابق من له الولاء على أب الميت ثم من له الولاء على جده وهكذا .

الحال الثانية ـ حال جر الولاء ، وتكون إذا كانت الأمة عتيقة قبل الولادة أو بعدها بيقين ، والأب عبد ، فإن الولاء فى هذه الحال يكون لمعتق الأم ، فإذا اعتق الأب كان الولاء لمن أعتقه ، وجرّ بذلك الولاء من جهة الأم إلى جهة الأب فالذى جر الولاء فى هذه الحال هو معتق الأب ، سواء أكان المعتق ذكرا أم أنثى وإعتاق الجد لا يجر الولاء من جانب الأم إلى جانب الأب .

وشرط جر الولاء كما جاء فى المذكرة التفسيرية ألا تكون الأم حرة الأصل لأنها إن كانت كذلك يكون أولادها أحرار الأصل تبعاً لها . وأن يكون الأب عبداً عند الولادة ؛ ويعتق قبل موته ، وألا يكون الولد عند اعتاق الأم فى بطن أمه حقيقة بولادته لا قل من ستة أشهر ، أو حكما ، بأن يحكم للقانون بثبوت نسبه ؛ لأنها إن كانت حاملا وقت عتقها ، فإن الإعتاق يرد عليه لأنه يكون جزء أمه ؛ فيكون ولاؤه لمعتقها أصالة ، ولا يُجَرّ لغيره قط ، لأنه جزء منها ، فالإعتاق واقع عليه بالتبع لها أو بالقصد ، وفى الحالين يكون الولاء بالاصالة لمعتقها لا للضرورة .

ويلاحظ أن الولاء الثابت عن طريق أبى العتيق بالجر أو غيره مقدم على الولاء الثابت بإعتاق جده ، لأن الأب مقدم على الجد فى الولاء ، كما هو مقدم عليه فى الميراث فمعتق الجد وعصبته متأخرون عن صاحب ولاء الأب وعصبته .

١٧٨ م — وكل من يثبت له الولاء يثبت له الوراثة إن لم يكن أحد من الأقارب ؛ فإن لم يكن المعتق فعصبته الذكور بالترتيب المذكور ، وعصبة صاحب الولاء مرتبون على الطريقة السابقة ، فيكون التقدم بالجهة ، فان اتحدت الجهة كان الترجيح بقرب الدرجة ، فإن اتحدت الدرجة كان الترجيح بقوة القرابة على مابينا ، بيد أن الإناث ليس لهن حق فى العصبة السببية قط ، وقد نوهنا إلى ذلك كله فى ماضى قولنا .

١٧٨ م — والعصبة السببية اتفق على التوريث بها جمهور الفقهاء ؛ ولكن خالفهم الإباضية ، وقالوا أن الولاء لايثبت به توريث ، لأن التوريث بالقرابة أو الزوجية ، ولا قرابة ، ولا زوجية ، فلا يثبت توريث ، ولم يصح فى الأخبار عن النبى ﷺ توريث بالولاء ؛ والقرآن الكريم قد جاء فيه « وأولو الأرحام

بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله تعالى ، فإن لم يكن أولو الأرحام ولا زوجته ، فالميراث يكون لقبيل الشخص أو جنسه من المسلمين ، فإن كان حبشياً كان للمسلمين من الأحباش ، وإن كان عربياً كان للمسلمين من العرب ، إن لم تثبت له قرابة خاصة من بينهم ، وهكذا ؛ لأن الجنس نوع قرابة ، فإن لم تكن القرابة الرحمية الخاصة الثابتة كانت الوراثة للقرابة العامة ، وهى تكون فى الجنس ؛ ويروى أن النبي ﷺ أتى بميراث مولى له مات فقال له هل له من نسب أو رحم ؟ قالوا : لا .. قال أعطوا ميراثه أهل قريته ، ولم يأخذه ، وهو مولاه :

وحجة جمهور الفقهاء فى إثباتهم الوراثة بالولاء ، أن النبي ﷺ قال : الولاء لحمة كلحمة النسب ، وأن الحرية هى معنى الآدمية ، فمن أنعم على رقيق بها ، فهو بمنزلة والده الذى كان السبب العادى لوجوده ، وإذا كان الأب الحقيقى استحق مال ولده بالميراث فالأب لحريته يستحق ماله بالميراث إن لم يكن عصبة ، ولقد سار على ذلك الصحابة رضى الله سبحانه وتعالى عنهم ، وقد اختلف الفقهاء بعد ذلك فى هذا الحق ، أيثبت مع نفيه أم لا يثبت إذا نفاه ؟ قال مالك رضى الله عنه لا يثبت ذلك إلا إذا كان العتق لوجه الله سبحانه وتعالى ولم ينف الولاء ، فان اشترط نفيه انتفى ، وقال أبو حنيفة وأصحابه يثبت الولاء متى وجد العتق ، سواء أكان العتق لوجه الله ، أم كان لغير وجه الله ، وسواء أكان اضطراراً أم كان اختياراً ، ولا ينتفى بشرط نفيه ، وذلك لأن الولاء ثمرة العتق . فحيث وجد ثبت ، كما أنه حيث وجد السبب وجد المسبب ، وهى حقيقة شرعية قررها الله للمعتق ، فهى من مقتضى العتق ، وكل شرط يصحب العتق مخالفاً لمقتضاه يصح العتق ويلغى الشرط .

١٧٩ — ولقد قرر الفقهاء أن الولاء يثبت التوريث على أنه عصبة سببية تعقب العصبة النسبية ، وتسبق الرد على أصحاب الفروض جميعاً ، وتسبق ذوى الأرحام .

ولكن قانون الميراث لم يسر على ذلك ، بل جعل الإرث بولاء العتاقة متأخراً عن ذوى الأرحام ، وعن الرد على الزوجين ، وهو فى ذلك يعمل بمذهب الإباضية عندما يكون ذوو أرحام ، أو أصحاب فروض أياماً كانوا ، ويأخذ برأى جمهور الفقهاء ، إن لم يكن أحد الأقارب قط ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

نظرة إلى التوريث فى الاسلام

١٨٠ — انتهينا من توزيع التركة على الورثة ، وترتيب درجاتهم ، ومقادير استحقاقهم فى مراتبهم المختلفة ، وقبل أن نتجه إلى ذكر من تتولى إليه التركة إن لم يكن أحد من الورثة نريد أن نلقى نظرة فى تعرف مرمى الشرع الاسلامى فى ذلك التوزيع ومقامه من النظم الأخرى فى الميراث .

إن أول مايلاحظ الدارس فى النظام الإسلامى للميراث أنه جعل ذلك النظام إجبارياً بالنسبة للمورث ، وبالنسبة للوارث ، فليس للمورث سلطان على ماله بعد وفاته إلا فى الثلث ، ليتدارك به تقصيراً دينيا فاته ، فأراد أن يفتديه بالمال ، أو ليواسى من يستحق المواساة ممن تربطه به صلة مودة ، أو قرابة بعيدة لايستحق بها ميراثا ، أو لينفقه فى جهات البر ومصالح الجماعة التى يعيش فيها ، أما الثلثان فليس له فيهما سلطان ، والخلافة فيهما يتولاها الشارع ليوزعها بين أسرته بالقسطاس المستقيم ، كل بمقدار حاجته أو بمقدار قرابته .

تولى الشارع فى الإسلام الخلافة فى الثلثين ، ولقد جعلهما فى أسرته لايخرجان عنها ، بل يوزعان فى دائرتها ، وذلك لأن منافع الأسرة متبادلة فيما بين آحادها . فالقوى فيها يحمى الضعيف ، والغنى فيها يمد الفقير بماله ، ويعينه على نوائب الدهر وقد أوجب الشارع للفقير العاجز عن الكسب نفقة فى مال قريبه الموسر ، مادام قادرا ، وفى ماله فضل يعطى منه ، فكان ذلك التبادل الذى أقره الإسلام ، وأوجب بعضه ، وحث على مالم يوجبه بحكم القضاء - سببا فى أن جعل الخلافة للأسرة فى ثلثى مال المتوفى إجبارا عنه من غير أن يكون له دخل فى ذلك التوزيع ، بل كان التوزيع بوصية الله العادلة ، بدل وصية غيره القاسطة .

١٨١ — وإن جعل الوراثة فى الأسرة لاتعدوها أراد صاحب المال أو لم يرد بل سواء أرضى أم سخط ، هو من عمل الشارع الاسلامى على حماية الأسرة ، وإقامة بنيانها ، وتوثيق العلائق بين آحادها ، فهو من الناحية المالية والعاطفية

حافظ عليها بوجوب نفقة الفقير العاجز فى ماله قريبه الغنى القادر ، ويجعل الميراث للأقارب وقد سار نظام الميراث مع نظام النفقات بين الأقارب فى خطين متوازيين متماثلين فجعل النفقة عند العجز لمن يرث المال إن كان غنيا ، والغرم بالغنم والحقوق والواجبات متبادلة .

وحافظ الشارع الإسلامى على الأسرة ، تلك المحافظة ، لأنها وحدة البناء الاجتماعى ، ولا شك إن إحساس كل واحد منهم بأن له شطرا فى مالها ، يأخذ منه عند العجز ، ويئول إليه بعضه عند الوفاة ، مما يقوى دعائمها ، ويوثق الصلات وينمى التعاون بين آحادها ، وإنه من الوقت الذى يبتدىء الانحلال فى الروابط التى تربط آحاد الأسرة يكون ابتداء انحلال المجتمع فى الأمة الواحدة ، فتصير آحادا متناثرة ، لا وحدة تجمعها ، ولا رابطة تنظمها ، ولا اجتماع يقوم على دعائم من الخلق القويم .

١٨٢ — وإن جعل الشارع الإسلامى الوراثة فى الأسرة مجتمعة ، وبعضها أولى من بعض فى بعض الأحيان ، هو الأمر الوسط بين نظر الاشتراكيين الذين يمحون التوارث محوا تاما ، ولا يعتبرون للشخص مالا إلا ما كسب بيده ، ونظر الإفراديين الذين يجعلون للشخص السلطان الكامل على ماله بعد وفاته كما كان له السلطان الكامل عليه فى حياته ، وإن فى كلتا النظرتين اطراحا للأسرة ، فالأولى أهملتها ، ولو أراد المالك رعايتها ، والأخرى تركتها لإرادته ، إن شاء أعطى ، وإن شاء منع ، وربما يسير فى العطاء والمنع فيما لا يوثق علائق الأسرة بل فيما يوهنها ، فجاء الشارع الإسلامى وسلب من المورث الارادة فى الثلثين . وترك لارادته السلطان فى الثلث ، ثم لم يسلب إرادته فى الثلثين إلا لحماية الاقربين له ، فهو لم يسلبه الارادة إلا ليعطى المال للأسرة بالقسطاس المستقيم ، ولكيلا يكون فى النفس جفوة المنع والاعطاء إن تولى ذلك المورث .

وإن شئت أن تقول إن مال الأسرة بين آحادها ، فيه نوع شركة فقل ، وإن شئت أن تقول إن النظام الإسلامى يشبه الاشتراكية فى الأسرة فقل ، بيد أن

الملكية ثابتة لكل مالك ، لا يحل شيء من ماله للآخر ، إلا بطيب نفسه ، أو بحكم القضاء ، ومظهر تلك الاشتراكية الضيقة فى معناها هو فى وجوب نفقة القريب على قريبه ، وفى جعل الميراث إجبارياً بين آحاد الاسرة على النظام الذى بيناه .

١٨٣ — وإن التوزيع العادل الذى تولاه الله سبحانه وتعالى ، يبدو بادى الرأى أنه يقوم على ثلاثة أقطاب .

أولها — أنه يعطى الميراث للأقرب إلى المتوفى الذى يعتبر شخصه امتداداً فى الوجود لشخصه ، من غير تفرقة بين كبير وصغير ، ولذلك كان أكثر الاسرة حظا فى الميراث الأولاد ، ومن ينتسبون إليه ، لا ينفرد به فريق دون فريق ، ومع أنهم أكثر الناس حظا فى الميراث لا يستأثرون به ، بل يشاركهم فيه غيرهم ولا يكون مجموع ما يستحقون أقل من النصف قط .

وإن مشاركة غيرهم بنحو النصف أحياناً ، هو لمنع تركيز المال فى ورثة بأعيانهم ، فالابوان إذا يأخذان الثلث ، ويكون من بعدهما لأولادهما ، وهم إخوة المتوفى ، يئول إليهم نصيب الأبوين ، فيكون الإشتراك فى المال بدل الإنفراد ، وإن لم يكن أب ، فقد يأخذ الإخوة مع الأولاد كما رأيت فى حال الفرع الوارث المؤنث ، فمع أن الإرث كان للأقرب ، لم يكن الإعطاء على سبيل الاستئثار ، بل على سبيل الإشتراك .

١٨٤ — وثانيها — ملاحظة الحاجة ، فكلما كانت الحاجة أشد كان العطاء أكثر ، ولعل ذلك هو السر فى أن نصيب الأولاد كان أكثر من نصيب الأبوين ، مع أنه من المقرر شرعا ، أن للأبوين فى مال ولدهما نوع ملك ، كما ورد فى الحديث الشريف : « أنت ومالك لابيك » ولكن لأن حاجة الأولاد إلى المال أشد ، لانهم فى غالب الأحوال ذرية ضعاف يستقبلون الحياة ، ولها تكليفاتها المالية ، والابوان فى الغالب لهم من المال فضل ، وهما يستدبران الحياة ، فحاجتهما إلى المال ليست كحاجة الذرية الضعاف .

وفوق ذلك فإن مايرثانه يكون لأولادهما ، ولايكون للذرية من طريف

ما لهما وتالده شيء ؛ لأن أباهما مات وهما على قيد الحياة ، فكان لابد أن يكون حظ الذرية وفيراً .

وإن ملاحظة الأكثر أحتياجاً هي التي جعلت الذكر ضعف الأنثى ، ذلك بأن التكليفات المالية التي تطالب بها المرأة في كل الأمم ، دون التكليفات المالية التي يطالب بها الرجل ، فهو المطالب بنفقة الأولاد وإصلاحهم ، وهو يمدها بحاجاتهم ، وإن الفطرة الإنسانية هي التي جعلت المرأة قوامة على البيت ، والرجل عاملا كادحا لتوفير القوت ، فكان هذا داعياً لأن يطالب هو بتقديم المال ، وتطالب هي بتدبير البيت ، وهذا بلا شك يجعل حاجة البنت إلى المال دون حاجة الابن ، وحاجة الأخت دون حاجة الأخ ، وإن الإعطاء على مقدار الحاجة هو العدل ، والمساواة عند تفاوت الحاجات هي الظلم ، فأولئك الذين يتكلمون في مساواة الرجل بالمرأة في الميراث ، لايسيرون وراء المساواة العادلة ، بل يسيرون وراء المساواة الظالمة .

١٨٥ — ثالثها — أن الشرع الإسلامي في توزيعه التركات كان يتجه إلى التوزيع دون التجميع ، فهو لم يجعل وارثاً يستبد بها دون سواه ، فلم يجعلها للولد البكر ، ولم يجعلها للأبناء دون الآباء ، ولم يطلق يد المورث يختص بها من يشاء من خلفائه بل وزع كل تركة بين عدد من الورثة ، والصور التي يستبد فيها وارث بالتركة كلها نادرة جداً ، وهي تكون حيث يقل الاقارب ، وما كان نظام التوريث ليخلق القرابة ، بل ليوزع بينهما بمقدار قربها وقوتها .

ولذا ترى الأولاد جميعاً يشتركون في الميراث ، وقد يشاركهم فيه أولاد الأولاد ، وإن كان آباء ، فإنهم سيشاركونهم لامحالة .

وإذا إنتقل الميراث من عمود النسب إلى الحواشي ، يوزع بينهم من غير أن تستبد قرابة دون قرابة ، فإذا كان إخوة أشقاء ، ولأم ، ولأب ، وزع بينهم الميراث في كثير من الأحوال ، فأولاد الأم ، يأخذون مع وجود أولاد الأب والأم ، مع تعارف الناس في كل العصور على أن أولئك أقرب رحما ، وأوثق صلة

وهم نصراؤه وأعوانه ؛ ولكن لكيلا تتجمع التركة فى حيز واحد أعطوا .

وليس إعطاء أولاد الأم لتوزيع المال وعدم تجميعه فقط ، بل إن ذلك أيضا لنصرة الأمومة ، وإعلان قوة علاقتها ، وأنها تربط الأولاد ، كما يربط الأب بين أولاده ، وهو رد قوى صريح لما كان يجرى عليه عرف العرب من عدم اعتبارهم قرابة الأم ؛ ثم هو فوق ذلك من شأنه أن يشعر الأخوة الذين تربط صلة الأمومة بينهم بأنهم لا يقلون قوة فى علاقتهم عمن تربطهم صلة الأبوة ؛ ثم هو فوق هذا وذاك يجعل الأولاد لاينفرون من زواج أمهاتهم ؛ ولا يعضلونهن لتوهم عار أو نحوه ، لأنهم يعلمون أنهم بهذا الزواج يصلون قرابات بقرابتهم ، ويزيدون الأنصار والأولياء ؛ والله بكل شىء عليم .

ولقد كانوا يرثون مع وجود الأم ؛ ليتحقق لهم نصيب موفور ، لاقدر ضئيل ؛ لأن الأم إن حجبتهم لا يئول إليهم من نصيب أمهم إلا قدر ضئيل . وهو ما يشتركون فيه مع سائر أولادها ، فيخصهم قدر غير كبير ، بينما يأخذ أولاد الأب قـــدراً كبيراً ؛ لأن الأم لم تحجبهم ، ولقد كان من يحجبهم هو من يحجب أولاد الأب تقريباً ، إذ لايمتاز أولاد الأب عنهم ؛ إلا أنهم يأخذون مع الفرع المؤنث ، وهم فى تلك الحال لا يستحقون فرضاً ، بل يستحقون باعتبارهم أولى عاصب .

ومما بنى على فكرة التوزيع دون التجميع ، ما قرره العلماء من أن من أدلى إلى الميت بوارث يحجب عند وجود ذلك الوارث ، إذ لو كان كلاهما يرث لكان ذلك جمعاً للتركة فى حيز واحد ، فلو كان الأب وأبوه يرثان ، لكان ذلك تجميعاً لشطر كبير من التركة فى حيز واحد ، ولو كان الابن وابنه يرثان بقدر واحد ، لكان ذلك تجميعاً ، ولو كانت الأم وأمها ترثان لكان ذلك تجميعاً أيضاً وكذلك العم وابنه ، والأخ وابنه ، وهكذا .

١٨٦ — وإن تأخير ذوى الأرحام عن غيرهم فى الميراث ، إنما ذلك لأنهم

وإن وصلتهم الرحم يعدون من أسرة أخرى غير أسرة المتوفى كما ذكرنا ، ولهم ثروات آلت إليهم من أسرهم ، فكان المعقول ألا يعطوا إلا فى حال عدم وجود أحد من أسرة المتوفى ، وأقاربه الأدنين .

وإن توريث المولى الذى اعتق ، وإجماع المسلمين على ذلك تقريباً ، وورود الآثار الصحاح به يشجع على العتق ، وفك الرقاب ، لأنه إذا علم المعتق أنه قريب من أعتقه ، وأنه وليه فيما يترك من مال ، وأنه خليفته ، وأنه فى المنزلة يكون قريبا من أخيه وعمه ، بل أسبق من خاله وابنة أخيه على ما يقول الفقهاء ، أقدم على الإعتاق ، ليزيد من قرابته ، ويجعله ولياً ونصيرا ، بعد أن كان متاعا وشيئا ، فكأن العتق يكون غنما للمعتق ، وإن كان فى ظاهره غرما .

إنها قسمة الله العادلة ، وتوزيعه الحكيم ، وقد بينه الله لكيلا يضل الناس ، وإن ضلوا من بعد ، فعن بينة ، وسلطان من الحق مبين ، فتعظم التبعة ، ويخف الميزان بين يدى الديان ، وقد قال تعالى بعد بيان المواريث : « يبين الله لكم أن تضلوا ، والله بكل شىء عليم » .

بيان من تكون له التركة إن لم يكن وارث

١٨٧ م — إذا لم يكن أحد من الورثة الذين ذكرناهم بترتيبهم ، فإن المال يئول أولا إلى من أراد المورث أن يأخذه ؛ فإن لم يكن أحد ممن أراد صاحبه أن يأخذه ، أخذه بيت المال على أنه من الضوائع .

والذين أراد المورث أن يأخذوا ماله هم :

أولا — الذين يقر لهم بنسب فيه تحميل النسب على غيره ، فإنه إذا لم يكن له وارث ممن ذكرنا ، وكان هناك شخص قد أقر باخوته مثلا ، ولا دليل عليها ، فإنه يأخذ المال ، على أن الميت أراد فى حياته أن يأخذه ، لا على إعتبار أنه وارث؛ إذ أساس الميراث فى القرابة هو النسب ، ولا يثبت نسب من يكون الإقرار بنسبه فيه تحميل على الغير بمجرد الإقرار ، ولذلك اشترط أن يموت المقر مصراً على إقراره ، لأنه إن رجع فيه ، فقد تغيرت الإرادة ، فلا يأخذ شيئاً وقد بينا ذلك فى موضعه فى أول الكلام فى المستحقين للتركة .

فإن لم يكن هناك مقر له بنسب فيه تحميل النسب على غيرة ، وكان هناك موصى له بأكثر من الثلث ، فإنه يأخذ الجزء الزائد ، أى يأخذ كل ما أوصى به ؛ لأن منع الوصية بأكثر من الثلث إنما هو لحق الوارث ، فإن لم يكن الوارث ، نفذت إرادة المتوفى فى ماله ؛ إذ لا حق تعلق بماله يمنعه من أن يتصرف فيه بعد وفاته لمن يشاء . وقد بينا ذلك عند ترتيب درجات الإستحقاق ، وبيان المستحقين .

وإن لم يكن موصى له بكل المال ، بل فضل شىء من بعد تنفيذ الوصايا أو لم تكن وصايا ، فإن التركة تكون لبيت المال ، وتذهب إلى بيت مال الضوائع ، وهو الذى يكون فيه كل مال لايعرف له مالك ، وقد قررنا أن جمهور الفقهاء يقررون أن بيت المال لا يستحق باعتباره وارثاً ، بل يلتى فيه المال باعتباره لامالك له ، ولو ظهر للميت ورثة أعطوا التركة ، وقد قال بعض الفقهاء إنه يذهب إلى بيت المال باعتباره وارث من لا وارث له . ولقد اختار القانون أن بيت المال لايستحق باعتباره وارثا ، بل يأخذ المال على أنه لامالك له ، وقد بينا ذلك فى أول الكلام فى المستحقين للتركة .

أحكام لبعض الوارثين

١٨٨ — بينا فيما مضى أنه لابد من وجود الوارث بعد وفاة المورث . وذكرنا أنه يتغير مقدار الإرث فى كثير من الأحوال بالإختلاف بين الذكورة والأنوثة وبينا أنه لابد من ثبوت النسب الذى هو سبب قيام الوارثة بالنسبة للأقرباء .

ولبعض المستحقين للتركة أحوال تتردد بين الوجود والعدم ، وتتردد بين الذكورة والأنوثة ، ويتردد النسب بين الثبوت والنفى .

فالذين تتردد حالهم بين الوجود والعدم الحمل ، والمفقود ، ومن يتردد حاله بين الذكورة والأنوثة الحمل ، وهو حمل ، والخنثى . ومن يتردد نسبه بين النفى والثبوت هو ولد اللعان ، ويقاربه ولد الزنى ، وإن هذا الباب من بحثنا شامل لكل هؤلاء ، ولنتكلم فى ميراثهم واحداً واحداً .

١ — الحمل

١٨٩ — إن الحمل ، وهو فى بطن أمه يتردد بين الوجود والعدم ، لأنه إن ولد حياً استندت حياته إلى وقت وفاة المورث ، وإن ولد ميتاً اعتبر معدوماً وقت الوفاة ، وذلك لأن الحمل له اعتباران وقت إستقراره فى بطن أمه ، (أحدهما) أن يكون جزءاً منها ، وبذلك لايستحق ميراثاً ، لأنه ليس حياً مستقلا ، (والثانى) أنه حى له وجود قائم ، وإن كان تابعاً فى الحس لغيره ، فان ولد حياً رجح الإعتبار الثانى ، وإن ولد ميتاً رجح الاعتبار الأول ، فاذا ولد حياً كان ذلك حكما له بالحياة المستقلة المنفردة من وقت وفاة المورث .

وكما يتردد الحمل بين الحياة وغيرها فى الاعتبار ، كذلك يتردد بين الذكورة والأنوثة ، وفى أكثر الأحيان يختلف النصيب باختلاف الذكورة والأنوثة ، وقد يكون فرضه ذكراً أحظ له ، وقد يكون فرضه أنثى أوفر له .

ولأجل هذا التردد بين الحياة وعدمها ، وبين الذكورة والأنوثة لايمكن

توزيع التركة توزيعاً نهائيا ، قبل الولادة ، بل لا يمكن بحال من الأحوال قسمتها نهائيا ولو بالسهام قبلها ، ولو انتظر الأمر بالنسبة للتركة كلها إلى ما بعد الولادة لكان أتم ، لينجلى الأمر ، وتكون القسمة على بينة ، فيأخذ كل ذى حق حقه أخذاً نهائيا ، لا ينقص من بعد ، لتغير الفرائض ، إذا أنها تصير غير قابلة للتغير .

ولكن قد يوجد ما يوجب أن تقسم التركة ولو تقسيما ابتدائيا غير نهائى قبل الولادة ، ولذلك وضعوا أحكاما لحال التقسيم والاحتياط لمصلحة الحمل ما أمكن الاحتياط ، وكان ذلك الاحتياط بأن يعطى الورثة ، الموجودون أقل ما يستحقه كل واحد على فرض الذكورة ، والأنوثة ، ويفرض الحمل واحداً ، ولكن لاحتمال أن يكون أكثر من واحد يؤخذ كفيل من الورثة الذين يتأثر نصيبهم بالتعدد ، بأن يعطى عند الولادة ما ينقصه التعدد فى نصيبه ، إن تبين أن الحمل أكثر من واحد .

١٩٠ م — ولبيان هذا الإجمال نقول إن الحمل فى وراثته له أربع أحوال :

الحال الأولى — ألا يرث مطلقا ، لا على فرض الذكورة ولا على فرض الأنوثة كالمسألة الآتية :

توفى رجل عن زوجة وأختين شقيقتين وأم ، وزوجة أب حامل ، فإنه فى هذه الحال لا يرث على فرض الذكورة ، ولا على فرض الأنوثة ، لأنه إن كان ذكراً ، فسيكون أخا لأب ، يأخذ الباقى ، وليس فى المسألة باق بعد أصحاب الفروض ، إذ الزوجة ستأخذ الربع ، والأختان ستأخذان الثلثين ، والأم تستحق السدس ، فيكون أصل المسألة - ١٢ - وتعول إلى ١٣ - فلا باقى فيها ، وإن فرض أن الحمل أنثى فسيكون أختا لأب محجوبة ، لاستحقاق الشقيقتين الثلثين ، وعدم وجود من يعصبها ، وهذه الصورة فى الحقيقة خارجة عن كلامنا ، ولكن ذكرناها لتتم الفروض العقلية .

الحال الثانية — أن يرث قدراً واحداً على فرض الذكورة والأنوثة ، وذلك

يكون إذا كان الحمل من أولاد الأم ، ومثال ذلك أن يكون الورثة أما حاملا من غير أبي المتوفى وأختا شقيقة ، وأختا لأب ، فني هذه الحال يكون الحمل ولد أم يستحق السدس لا فرق بين أن يكون ذكرا ، فيكون أخا لأم ، وبين أن يكون أنثى ، فيكون أختاً لأم ، وفى هذه الحال يحفظ له السدس ، ويعطى اورثة أنصبتهم

الحال الثالثة — أن يرث على أحد الفرضين ، ولا يرث على الفرض الآخر ومثال ذلك أن يكون الورثة زوجا ، وأختا شقيقة ، وأخوين لأم ، وزوجة أب حاملا ، فني هذه الحال ، لو فرض الحمل ذكراً لا يستحق شيئاً ، لأنه سيأخذ الباقي ولا باقي في هذه المسألة ، إذ الزوج أخذ النصف والأخت الشقيقة أخذت النصف والأخوان لأم استحقا الثلث ، فيكون أصل المسألة - ٦ - وعالت إلى - ٨ - فلا باقي ، وإن فرض الحمل أنثى كان أختا لأب ، فتستحق السدس تكملة للثلثين ، إذ كانت أخت شقيقة استحقت النصف ، وعلى ذلك تعول المسألة إلى - ٩ -

وفى هذه الحال يحفظ للحمل نصيبه على أنه أنثى ، ويعطى أصحاب الفروض فروضهم على ذلك الأساس ، فإن ولد الحمل ، وظهر أنه أنثى أعطى ما حفظ له ، وإن ظهر أنه ذكر ، رد ما حفظ إلى الورثة ، وكملت لهم انصبتهم على فرض الذكورة .

واستخراج هذه الحال يقضى أن تحل المسألة حلين : (أحدهما) على فرض الذكورة ، (والآخر) على فرض الأنوثة ، ومايثبت أنه يرث فيه يحفظ له نصيب على أساسه ، ويعطى الورثة أنصبتهم على هذا الأساس .

الحال الرابعة — أن يرث بكلا الفرضين : الذكورة والأنوثة ، ويختلف نصيبه فى أحدهما عن الآخر ، وفى هذه الحال تحل المسألة حلين : حل على فرض الذكورة وآخر على فرض الأنوثة ، ويعطى الورثة الموجودون أبخس الأنصبة فى الحلين ، ويحفظ للحمل أوفر النصيبين مضافا إليه فروق الأنصبة ، ومن يتأثر نصيبه بالتعدد يؤخذ منه كفيل ، ولنضرب لذلك مثالا موضحاً هو :

زوجة حامل بنت أب ، أم والتركة ٢١٦ ف

على فرض — زوجة حمل (ابن) بنت أب أم
الذكورة

	١/٨	الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين		١/٦	١/٦
أصل المسأله	٢٤-٣	١٣		٤	٤
فيستحق كل منهم من التركة	٢٧	٧٨	٣٩	٣٦	٣٦

وعلى الأنوثه فرض	زوجة	بنت	بنت	أم	أب
	١/٨	٢/٣		١/٦	١/٦ + الباقى
فيستحق	٣	١٦		٤	٤ وتعول إلى ٢٧
	٢٤	١٢٨		٣٢	٣٢
		٦٤	٦٤		

وبالموازنة بين النصيبين لكل وارث نجد الأخس :

للزوجة	٢٤	تعطاه
للبنت	٣٩	تعطاه
وللأب	٣٢	يأخذه
وللأم	٣٢	تأخذه

ويحفظ تحت يد أمين أوفر النصيبين للحمل ، وهو ٧٨ ، ويحفظ تحت يد الأمين أيضا فرق الأنصبة ، وهو (١١ ف) ويؤخذ كفيل ممن يتأثر نصيبه بالتعدد ، وهو البنت ، لأنه إن تعدد الحمل قل نصيبها بمقدار عدده ، وإن ظهر بعد ولادة أن الحمل ذكر وهو الابن أعطى ما حفظ له ، وكمل نصيب الزوجة إلى ٢٧ ، والأم إلى ٣٦ ، والأب ٣٦ .

وإن ظهر أنثى ، كمل نصيب البنت إلى ٦٤ ، واعطى الحمل ٦٤ ، وبقيت أنصبة الباقين كما هى .

وإذا ولد الحمل أكثر من واحد ، فإنه يكمل المحفوظ له من نصيب البنت ، وينفذ عقد الكفالة ، وإن امتنعت عن إعادة الحق إلى صاحبه .

ولقد اكتفى فى هذه الحال بالكفالة لندرتها ، إذ الغالب الشائع الكثير أن تلد الحامل ولداً واحداً .

١٩١ م — ويشترط لميراث الحمل شرطان : (أحدهما) ما نوهنا عنه آنفاً ، وهو ولادته كله حياً ، بأن تستمر له الحياة ، حتى تتم الولادة ، فإن مات قبل تمامها لا يرث ، كما هو المعمول به ، وإن ذلك شرط عام فى كل ولادة ، سواء أكانت بجناية أم غير جناية ، وهذا على حسب المعمول به ، كما بينا فى موضعه من شروط الوراثة عامة .

(وثانيهما) أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت وفاة المورث ، وذلك ، لأن وجود الوارث عند وفاة المورث شرط لثبوت الإرث ، وقد قلنا إن ولادته حيا تجعل حكم الحياة يثبت من وقت الوفاة ، فلا بد أن يكون الحمل ثابتاً وقت الوفاة .

وتأكد وجوده فى بطن وقت الوفاة يكون بطريقتين : إحداهما التأكد الحقيق ، والثانية التأكد الحكمى ، ولكل واحد من الطريقين حال لا يثبت فى غيرها .

فالتأكد الحقيق يكون بولادته لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من وقت الوفاة ، وذلك يكون إذا كانت الزوجية قائمة بين الحامل وصاحب الحمل وقت وفاة المورث ، ولا تتصور هذه الحال إلا إذا كان الحمل ليس ولداً صلباً للمتوفى فإن ولدته لأكثر من سبعين ومائتى يوم ، فإن الميراث لا يثبت له ، لأنها غالباً تكون قد حملت به بعد الوفاة ، فلم يكن موجوداً وقتها ، فلا يرث شيئاً ، لعدم توافر شرط الميراث الأساسى .

ولنضرب لذلك مثلا ، إذا توفى شخص عن زوجته ، وأخت شقيقة ، وأم حامل من غير أبى المتوفى ، والزوجية قائمة بينها وبين زوجها ، فإنه لكى يرث حملها باعتباره من أولاد الأم لا بد أن تلد لسبعين ومائتى يوم من وقت الوفاة على الأكثر ، وإلا لا يستحق شيئاً .

والتأكد الحكمى أن يثبت نسبه ، وذلك يكون بولادته حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر . ويكون هذا التقدير بالنسبة للمعتدات اللاءى كانت الوفاة ، وهن معتدات ؛ سواء أكانت العدة من فرقة بطلاق بائن أورجعى أم كانت من موت ، وتبتدى المدة المعلومة من وقت ابتداء العدة ، لا من وقت وفاة المورث وهذا بلا شك إذا كانت المعتدة ليست زوجته وقد تكون معتدته ، بان كانت زوجته عند الحمل فيكون ولده الصلبى إن ثبت نسبه فإن المدة فى هذه الحال تبتدى من وقت وفاته هو ، لأن وقت ابتداء العدة ، هو وقت وفاته هو . إذ أن وفاته هو جعلتها معتدة عدة وفاة ، فيكون لها حكم سائر المعتدات ، وعلى ذلك إذا مات الشخص عن زوجته وهى حامل فان حملها يرث إن أتت بخمسة وستين وثلثمائة يوم من وقت وفاته ، وإن مات عن زوجة ابنه الحامل الذى توفى قبله . فان الحمل لا يرث إلا إذا أتت به لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من وقت وفاة ابنه .

وإنما اعتبر التأكد الحكمى فى هذه الأحوال ، لأن الشارع حكم بثبوت النسب فى هذه الأحوال ، ولهذه المدة ، وحكمه بثبوت النسب يقتضى أن يكون فى بطن أمه وقت الفرقة أو الموت ، فلو كان لا يحكم بذلك بالنسبة للميراث ، لأدى ذلك إلى أن يحكم الشارع بوجوده فى بطن أمه ، وبعدم وجوده فى وقت واحد ، وحال واحدة ، فلكى تكون الأحكام متناسقة ، اعتبرت تلك المدة المقررة لثبوت النسب هى المقرة لثبوت الميراث ، ولأن الميراث فرع ثبوت النسب ، فحيث ثبت النسب يكون الميراث لا محالة (١) .

---

(١) اشتملت على أحكام الحمل فى القانون المواد ٤٢ ، ٤٣ ، ٤٤ ، وهذا نصها :
مادة — ٤٢ — يوقف للحمل من تركة المتوفى أوفر النصيبين على تقدير أنه ذكر أو أنثى .
مادة — ٤٣ — إذا توفى الرجل عن زوجته أو عن معتدته ، فلا يرثه حملها إلا إذا ولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الوفاة أو الفرقة . ولا يرث الحمل غير أبيه إلا فى الحالتين الآتيتين : =

١٩٢ – هذا ما اشتمل عليه القانون بالنسبة لميراث الحمل ، وهو يخالف فى شروطه المذهب الحنفى الذى كان معمولا به من وجوه اقتضت المصلحة فى نظر واضعى القانون تلك المخالفة ، وقد اعتمدوا فيها على ما جاء فى بعض المذاهب ، وعلى ما لولى الأمر من سلطان فى تخصيص القضاء بالزمان والمكان والحادثة ، وهذه الوجوه هى :

(ا) أن القانون اعتبر الشرط لميراثه ولادته كله حياً ، والمذهب الحنفى كان يكتفى بأن ينزل أكثره من بطن أمه وهو حى ، فلو مات بعد ذلك استحق الميراث عند الحنفية ، والتقييد بولادته كله حياً مأخوذ من مذاهب الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعى ، ووجه ترجيح هذا الرأى على المذهب الحنفى أن ولادته حياً حياة مستقرة ثابتة لا تكون إلا إذا نزل كله حيا .

وتعرف حياته بحركة أو صوت أو عطاس ، أو بكاء أو نحو ذلك ، فان لم يظهر شيء من ذلك كان للقاضى أن يسأل الذين عاينوا من أهل الخبرة من الأطباء لمعرفة حياته بعد ولادته .

(ب) أن الحد الفقهى للتأكد الطبيعى من وجود الولد فى بطن أمه هو ستة أشهر فى

= الأولى – أن يولد حيا لخمسة وستين وثلاثمائة يوم على الأكثر من تاريخ الموت أو الفرقة إن كانت أمه معتدة من موت أو فرقة ، ومات المورث أثناء العدة .
الثانية – أن يولد حيا لسبعين ومائتى يوم على الأكثر من تاريخ وفاة المورث إن كان من زوجية قائمة وقت الوفاة .

مادة – ٤٤ – إذا نقص الموقوف للحمل عما يستحقه يرجع بالباقى على من دخلت الزيادة فى نصيبه من الورثة ، وإذا زاد الموقوف للحمل عما يستحقه ، رد الزائد على من يستحقه من الورثة » .

ويرى أنه فى هذه المادة لم ينص على من يرجع إذا نقص النصيب . أيرجع على الكفيل أم الأصيل ؟ وفى الحقيقة أنه لم يأت ذكر للكفالة لمن يتأثر نصيبه بالتعدد ، وهى الحالة التى يتصور فيها النقص ، ومادام لم ينص على الكفالة يعتبر المعمول به مذهب الحنفية الذى ذكرناه

المذهب الحنفي ؛ ولكن القانون اختار للتأكد الطبعي ولادته لسبعين ومائتي يوم ؛ وقد اقتبس هذا من رأى في مذهب الإمام أحمد رضى الله عنه ، ووجه اختيار ذلك الرأى أنه يتفق مع الأغلب الشائع ، فيندر الذين يولدون ويعيشون في مدة دون هذه المدة ؛ والنادر لا تبنى عليه أحكام المنع والعطاء ، كما هو مقرر وثابت في أكثر الأحكام ، ولكن يلاحظ أنه سار على اعتبار تسعة الأشهر بالأيام ، لكل شهر ثلاثون يوما ، والمذهب الحنبلي اعتبرها تسعة أشهر هلالية ، ولكن يخفف من تلك المخالفة أن الولادة إن كانت في وسط الشهر تعتبر بالأيام في بعض الأقوال ، أي يحتسب لكل شهر ثلاثون يوماً ، كما هو القانون .

(حـ) أن المدة بالنسبة للتأكد الحكمي في المعتدات اعتبرها سنة شمسية ؛ والمذهب كان يحتسبها بسنتين قمريتين ؛ والقانون يتفق في الجملة مع رأى محمد ابن عبد الحكم من فقهاء المالكية ، فهو قد اعتبر أقصى مدة للحمل سنة ولكنه اعتبرها سنة قمرية ، والقانون اعتبرها سنة شمسية ؛ وفوق ذلك أن القانون ألحق المعتدات من طلاق رجعي بالمعتدات من موت أو طلاق بائن ؛ وجمعها في حكم واحد ، بينما المذهب الحنفي يشترط بالنسبة للمعتدات من طلاق رجعي التأكد الطبعي ، ولا يكتفي بالتأكد الحكمي إلا في المعتدات من وفاة أو من طلاق بائن أو ما في حكمه .

وإن ذلك يتجه فيه القانون إلى المنطق الذي سارت عليه المحاكم الشرعية منذ سنة ١٩٢٩ بالقانون رقم ٢٥ لهذه السنة ، لأنه اعتبر سماع الدعوى لثبوت النسب للمعتدات من طلاق رجعي كسماع الدعوى لثبوت النسب بالنسبة للمعتدات من طلاق بائن ؛ فكان من الاتساق القانوني أن يسير قانون الميراث على ذلك المنهاج .

١٩٣ — ويجب أن نلاحظ هنا أنه بمقدار تلاقي قانون الميراث مع القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ نجد المفارقة بين هذين القانونين ، وقانون الوصية بالنسبة

للمعتدة من طلاق رجعى ، إذ أن قانون الوصية خالفها فى مدة حمل المعتدة من طلاق رجعى ، فجعل طريق التأكد بالنسبة لها هو طريق التأكد الطبعى ، وهو تسعة أشهر ، كما يستفاد من المادتين ٣٥ ، و ٣٦ — فقد قيد التأكد الحكمى بحال كون الفرقة بطلاق بائن أو بوفاة ، أو بحال الإقرار بالحمل .

ومن هذا نرى التخالف واضحاً بين قانون الوصية ، وقانون النسب ، وقانون الميراث ، فقانون الوصية يخالف القانونين الأخيرين ، وذلك تفارق لا يسوغ فى قوانين الدولة الواحدة فى موضوع واحد ، فحكم بوجوده إن ولد لمدة سنة فى قانونين ، ولم يحكم بذلك فى قانون ثالث .

ولذلك يجب أن يوحد الأمر فى هذه القوانين الثلاثة ، إما بجعل المدة تسعة أشهر بالنسبة للطلاق الرجعى فى القوانين الثلاثة أو ٣٦٥ فى هذه القوانين ، ليكون المنطق القانون واحداً . والله سبحانه وتعالى أعلم .

٢ — المفقود

١٩٤ م — المفقود كما بيناه فى صدر كلامنا فى الميراث عندما بينا شروط الميراث — هو الغائب الذى لاتعلم حاله ، أهوحى أم ميت ؛ وقد قررنا أنه يستمر على حكم الحياة بالنسبة لأمواله الثابتة له ؛ فلا تنتقل إلى ورثته إلا بعد أن يحكم القاضى بموته ؛ وأنه بالنسبة للأموال التى تئول إليه بالميراث أو الوصية لا يستحق شيئاً منها إلا إذا ثبت وجوده على وجه اليقين ، فإن حكم بموته استند الحكم بالنسبة للمواريث التى كانت تئول إليه إلى وقت غيبته ، ويعتبر ميتاً من وقت الغيبة إلى وقت الحكم بالنسبة للمواريث والوصايا ، وكل ما يدخل فى ملكه من مال جديد ؛ ولذلك موضعه فى بيان أحكام المفقود فى غير هذا الكتاب .

وعلى هذا نقول إنه إذا مات من يرثه المفقود ؛ فانه يوقف نصيب المفقود إلى أن يحكم القاضى بموته ؛ فإن ظهر حيا استحق ما وقف له . وإن حكم القاضى بموته رد ما وقف له إلى الورثة الذين يرثون الميت ، لو كان المفقود ميتاً قطعاً فى ذلك الوقت .

وإنه لأجل هذا يجب أن تحل مسألة الوراثة التى يكون فيها مفقود حلين : أحدهما على فرض حياته ، وثانيهما على فرض موته ، ويعطى الورثة أبخس النصيبين ويحفظ له نصيبه على فرض الحياة ، ولنضرب لذلك بعض الأمثال .

(ا) إذا توفى شخص عن ابن مفقود ، وأب ، وأم ، وزوجة ، فإنه بفرض حياته يستحق الأب السدس ، والأم السدس ، والزوجة الثمن ، والباقى له ، وتكون المسألة من ٢٤ للزوجة ثلاثة ، وللأم أربعة ، وللأب مثلها ، والباقى وقدره — ١٣ يحفظ مقدار مايقابله للابن المفقود تحت يد أمين ، فإن كانت التركة ٢٤٠ ف حفظ ١٣٠ ف . ثم يفرض أنه ميت فتستحق الزوجة الربع ، والأم ثلث الباقى ، والأب الباقى فيكون أصل المسألة — ١٢ يكون للزوجة ٣ ، وللأم ٣ وللأب ٦ ، ويكون مقدار ما تستحقه الزوجة على هذا الفرض ٦٠ ف ، وما تستحقه الأم ٦٠ ف

وما يستحقه الأب ١٢٠ ف .

وبمقابلة الأنصبة يعطى الورثة الموجودون أبخس النصيبين فى الفرضين فتأخذ الزوجة على فرض الحياة، وهو ثلاثون فداناً ، والأم كذلك، وهو ٤٠ ف والأب مثلها ٤٠ ف والباقى وقدره ١٣٠ ف يحفظ تحت يد أمين .

(ب) وإذا كان المتوفى قد ترك زوجة ، وبنتاً ، وابناً مفقوداً ، وأما وأبا والتركة ١٤٤ ف ، فإن المسألة أيضاً تحل على فرض حياة المفقود فيكون التوزيع هكذا :

زوجة	بنت وابن	أم	أب
١/٨	الباقى	١/٦	١/٦

وأصل المسألة ٢٤ ٣ س = ١٨ ف ١٣ = ٧٨ ٤ = ٢٤ ف ٤ س = ٢٤ف ويستحق الابن على هذا ٥٢ف، وهى ثلثا ٧٨ف وتستحق البنت ٣٦ف، وهو الثلث

وعلى فرض وفاة المفقود يكون التوزيع هكذا :

	زوجة	بنت	أم	أب
يستحق كل واحد	١/٨	١/٢	١/٦	١/٦ + الباقى

وأصل المسألة ٢٤ ٣ = ١٨ف ١٢ = ٧٢ف ٤ = ٢٤ — ٤ + ١ = (٣٠ف)

وعلى هذا تأخذ الزوجة ١٨ ف والأم ٢٤ ف ، ولا يتغير نصيبهما ، والأب يأخذ أبخس النصيبين ، وهو ٢٤ ف والبنت كذلك تأخذ أبخس النصيبين ، وهو ٣٦ ف ، ويحفظ للمفقود نصيبه على فرض حياته ، وهو ٥٢ ف فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته كمل نصيب كل وارث من السابقين . لكى يأخذ نصيبه على فرض الوفاة [1] .

---

(١) يبنت حكم ميراث المفقود المادة ـ ٤٥ ـ من قانون الميراث ، وهذا نصها :
« يوقف للمفقود من تركة مورثه نصيبه فيها ، فإن ظهر حياً أخذه ، وإن حكم بموته رد نصيبه إلى من يستحقه من الورثة وقت موت مورثه ، فإن ظهر حياً بعد الحكم =

١٩٥ — واعتبار المفقود غير وارث إن حكم بموته . وانسحاب الحكم على الماضى بالنسبة للميراث والوصية وغيرهما ، هو رأى أبى حنيفة ومالك رضى الله عنهما ، وقال الشافعى وأحمد رضى الله عنهما إنه لايعتبر ميتاً إلا بعد وقت الحكم بموته ، لأنه قبل ذلك حى ، له كل أحكام الأحياء ، لأنه فارق أهله حياً ، ومادمنا قد اعتبرناه ميتاً من وقت حكم القاضى فقط بالنسبة لأمواله الثابتة له التى تورث عنه ، فلا يعتبر وارثاً له إلا من يكون وارثاً وقت حكم القاضى ، فكذلك لا يعتبر ميتاً إلا من ذلك الوقت بالنسبة للأموال التى يكتسبها من غيره وقت الفقد بالميراث والوصية والهبة ، ولا يصح أن يفرض شخص واحد حياً وميتاً فى وقت واحد ، فيكون حياً بالنسبة لماله الثابت ، ويكون ميتاً بالنسبة للمال الذى يكتسبه من غيره .

وحجة المالكية والحنفية أن فرض حياته وقت الفقد هو بقاء الأصل الثابت وذلك يصلح حجة لبقاء الحقوق الثابتة ، ولا يصلح حجة لادخال ملكية جديدة لم تكن ثابتة ، ونحن ما اعتبرناه ميتاً بيقين ، حتى يقال إننا فرضنا للمفقود وضعين متناقضين فى وقت واحد ، بل اعتبرنا حياة المفقود حياة احتمالية قبل الحكم بموته ، وهذه الحياة لاتكفى لإثبات ميراثه من غيره ، ولا لميراث غيره منه ، إذ أن شرط ميراثه من غيره تأكد حياته عند موت المورث ، وحياته غير مؤكدة ، وشرط ميراث غيره منه تأكد وفاته ، ووفاته غير مؤكدة ، فلا يرث منه غيره فى ذلك الوقت ، فلما جاء حكم القاضى بالوفاة أكد احتمال الوفاة من وقت الحكم ، وليس ذلك بمقتضى تأكد الحياة قبل ذلك ، فإذا كان قد استوفى شرط توريثه لغيره من وقت الحكم ، فشرط وراثته من غيره غير ثابت قبله [١] .

= بموته أخذ ما بقى من نصيبه بأيدى الورثة » .

(١) قد بينا شرط ميراث المفقود من غيره فى شروط الميراث إجمالا ؛ والأصل الذى بنى عليه الخلاف بين الفقهاء ، فارجع إليه .

والقولان المذكوران هنا وهناك هما المشهوران ؛ وهناك رأيان آخران فى =

١٩٦ — ويلاحظ أن هذا كله إذا لم يعلم تاريخ وفاته بدليل شرعى من بينة ، أو ورقة رسمية تثبت وفاته وتاريخها . ولو بعد الحكم بالموت فإنه فى هذه الحال يكون ذلك الدليل هو المرجع الذى يرجع اليه ، فإن أثبت أن الوفاة كانت قبل وفاة المورث الذى وقف ميراثه فيه ، حتى يقضى القاضى تقررت الأمور على ذلك وإن كانت وفاته بعد وفاة ذلك المورث استحق ميراثه لأنه ثبتت حياته بيقين بعد وفاة المورث ، وبذلك يتحقق شرط الميراث بإجماع الفقهاء ، وهذا كله إن لم يكن قد صدر حكم .

فإن كان قد صدر حكم بالوفاة ثم ظهر هذا الدليل الدال على وفاته فى ميقات معلوم ثابت ، فإنه يتضمن الدليل على حياته قبل ذلك التاريخ ، وبذلك يسير الأمر على مقتضاه ، فيرث إن كان يثبت وقت وفاة مورثه ، ولا يستحق من ورثته إلا من يكونون موجودين عند وفاته الثابتة بدليل لا شبهة فيه ، لأنه بهذا الدليل خرج عن أن يكون مفقوداً ، إذا علمت حياته ووفاته بيقين ، وصار غير مجهول الحياة والوفاة .

وإن كان الدليل يثبت وفاته بعد الحكم بوفاته ، أى أن التاريخ الثابت للوفاة

= طريقة توريث المفقود جاءا فى شرح الشنشورى للرحبية :

(أحدهما) أن يفرض المفقود ميتا ، ويعطى الورثة الأحياء قطعا الأنصبة على فرض وفاته ، فإن تبين أنه حى ، أعيدت القسمة من جديد على أساس حياته فى المال الموجود بأيديهم ، لأن استحقاق الحاضرين ثابت بيقين ، واستحقاق المفقود احتمالى ، ولا يمنع الحق الثابت لأمر محتمل .

(وثانيهما) أنه يقسم الميراث على أساس حياته فقط من غير تقدير وفاته ، فإن ظهر خلافه بأن حكم بموته وزعنا على أساس أنه كان ميتاً وقت وفاة المورث .

والحق أن الرأى الثانى قريب مما عليه الجمهور ، لأن الجمهور يحلون على أنه حى ثم على أنه ميت ، ويحفظون نصيبه على فرض الحياة وغيره يأخذ أبخس الفرضين والغالب الكثير أن أبخس الفرضين يكون على فرض الحياة إلا إذا كان المفقود يعصب غيره

الذى قام عليه الدليل يدل على أنه كان حياً وقت الحكم بوفاته ، وأن وفاته جاءت لاحقة للحكم ، يكون الأمر فيه ، كما لو ظهر حياً بعد الحكم بوفاته ، وعلى ذلك يأخذ ورثته وقت وفاته ما يكون قائماً من ماله ؛ لأنهم قائمون مقامه فى ماله الذى كان ثابتاً له قبل الغياب ، أو اكتسبه بعد الغياب بقيام الدليل على الحياة .

١٩٧م — وإنه من المقرر أنه إذا ظهر المفقود حياً بعد الحكم بوفاته ، فما يكون له من مال ، سواء أكان ثابتاً له قبل الغياب ، أم كان يمكن أن يكتسبه بعد الغياب . أو بعبارة أدق قد اكتسبه بحكم الشرع فإنه يأخذه ، إن كان قائماً فى ملك الورثة لأن الملكية فيه ثابتة ؛ وقد ظهر أن زوالها لم يكن مبنياً على أساس صحيح ؛ إذ بنى على أساس الوفاة ، وقد ظهر نقيضها ؛ أما إذا كان قد استهلك فإنه لا يطالب بقيمته لأن المطالبة بالقيمة أساسها ضمانهم لهذه الأعيان ، والضمان يكون بأحد أمرين إما بالعقد كضمان المرتهن للعين المرهونة ، وإما بالتعدى ، ولا عقد أوجب الضمان ، ولا تعدى — إذ أن أيديهم كانت يدا شرعية استولت بحكم شرعى محترم ، وإذ لم يوجد سبب للضمان ، فإنه لا يسوغ له أن يضمنهم القيمة ، وكذلك الحكم إذا كان المال قد خرج من ملكهم بسبب مشروع ، لأنه لا سبيل إلى تضمين المشترى ، ولا الآخذ جبرا عنه ، لأنه ملك بسبب شرعى ، ومن يد عادلة متصرفة ، تسوغ منها كل التصرفات الشرعية ، كما أنه لا سبيل إلى تضمين الورثة ، للسبب الذى ذكرناه آنفاً ، هذا ويستوى فى ذلك الحكم الورثة الذين ورثوا مال مورثه الذى كان يرثه ، إذ ثبتت حياته وقت موته ، والورثة الذين يرثونه على أساس وفاته ، وتبين أنه حى يرزق ، والله سبحانه وتعالى أعلم .

١٩٨ — وإنه عند الكلام فى المفقود يتكلمون فى الأسير ، والأسير له حالان (إحداهما) أن يكون مجهول الحياة فلا يدرى أهو حى أم ميت، ولم يعلم مقامه، وهذا يكون مفقوداً، له كل أحكام المفقود، فيورث عند الحكم بموته، ولا يرث غيره إن مات حال فقده.

(الثانية) أن يكون معلوم الحياة ، فإن كان لم يسترق ، فإنه يرث إجماعا ، لأنه صالح للامتلاك . وإن استرق ، ورث عند جمهور الفقهاء ، وحفظ له ماله ، حتى يعود إلى دار الاسلام ، أو يموت ، فيكون لورثته ، وذلك لأنه فى حكم الإسلام حر ، فلا نعترف بالرق الذى وضعه أهل دار الحرب عليه ، والله ولى المؤمنين .

٣ - الخنثى

١٩٩ — الخنثى آدمى تظهر فيه علامات تدل على الأنوثة ، وعلامات أخرى تدل على الذكورة ، ومن كان كذلك يكون له فى الغالب فرج وذكر ، إذ هو الذى يعلن الذكورة ، أو يعلن الأنوثة ، فإن وجدا فقد تعارضت الأمارتان .

وإذا ولد إنسان على ذلك النحو تحرى أهل الخبرة حاله ، فإن تبين أن إحدى العلامتين أغلب وأبين وأقوى تأثيراً حكم بمقتضاها ، فيكون ذكراً ، إن غلبت عليه علامة الذكورة ، ويكون أنثى إن غلبت عليه علامات الأنوثة ، وإن استعين فى ذلك بجراحة يقوم بها الخبير لتبين حاله كان ذلك سائغاً ، فان حكمة الله سبحانه وتعالى تقضى ألا يكون فى إنسان وصفان متناقضان ، فمن قام بجراحة لتبين الحال فليكشف عن خلق الله (١) .

وربما لا تستبين الحال ، وهو غلام فينتظر إلى الكبر ، حيث تظهر الأنوثة الكاملة أو الذكورة الكاملة ، فيتعرف أى العلامات أغلب ، فيحكم بمقتضاها ؛ فان لم يعلم بعد البلوغ ، وعجز الطب عن أن يكشف عن الصفات الكامنة فى ذلك المخلوق ، فان حاله تكون مشكلة ، ويسمى خنثى مشكلا ، ونستبعد كل الاستبعاد

---

(١) اخترنا ذلك المسلك وهو استشارة أهل الخبرة ، لأن الفقهاء اختلفوا فى ذلك اختلافا كبيراً ، فأبو حنيفة قرر أنه تعرف إحدى الصفتين بسبق البول ، فإن سبق بوله من الذكر بوله من الفرج ، فهو ذكر ، وإن كان العكس ، فهو انثى ، وقال الصاحبان ينظر إلى الأكثر بولا ، وقد رد قولها أبو حنيفة قائلا : « هل رأيت قاضياً يزن البول بالأواقى » وإن هذا الخلاف ليس مبنياً على نص صريح إنما هو تجربة واختبار ، ولذا وجد من فقهاء الحنفية من قرر أن العبرة بقوة الأمارة ، ونحن قد اخترنا هذا ، لأنه الأسلم . والأهدى سبيلا ، خصوصاً بعد تقدم الجراحة ، وليس المقصود إلا الكشف عن أى الأمرين أقوى فى حياته ؛ ليعلم الوصف الذى خلقه الله عليه ، فالإنسان إما أن يكون ذكراً وإما أن يكون أنثى ، قال تعالى : « يهب لمن يشاء إناثاً ، ويهب لمن يشاء الذكور ، أو يزوجهم ذكراناً وإناثاً ويجعل من يشاء عقيما » ولم يذكر تعالت حكمته أنه يجعل من يشاء خنثى

أن يعجز الطبيب الصحيح العارف عن معرفة حاله معرفة مقربة ، وإن لم تكن معينة.

ويظهر من كلام الفقهاء أن الحكم بأن الخنثى مشكل لا يستقيم إلا بعد بلوغه ، لأن التباس الحال قبل البلوغ ؛ وحاله المرتقبة بعد البلوغ أكثر بيانا وكشفا ، فالحكم بالاشكال قبله مسارعة إلى الإشكال قبل أوانه ؛ ولذا إذا لم تتبين حاله قبل بلوغ لا يعطى ميراث الخنثى المشكل ، بل يتوقف ، حتى يبلغ فيزول الإشكال ، فيأخذ نصيب ذكر أو نصيب أنثى ، أو يتقرر الإشكال فيرث ميراث المشكل .

وإذا مات قبل البلوغ ، فإنه يكون مشكلا ، إذ تقرر الإشكال بالموت .

٢٠٠ — وإن ميراث الخنثى هو عكس ما يحفظ للحمل ، وهو لا زال مستكنا فى بطن أمه ، فإننا قد قررنا أن الحمل يفرض ذكرا ويفرض أنثى ، ويحفظ له أحظ النصيبين . أما الخنثى ، فإنه تحل المسألة فيه على حالين : أحدهما على فرض الذكورة ، والآخر على فرض الأنوثة ، ويأخذ أخس النصيبين ، فإن كان الأخس هو فرض الذكورة استحقه ، وإن كان الأخس هو الآخر استحقه ، وذلك لأن الوصف الذى يستحق بمقتضاه يجب أن يعلم بيقين ، لأن الأخذ به سيؤثر فى نصيب غيره الثابتة حاله قطعا من غير شك ، ولا ينقص شىء من حق الغير ، إلا بسبب قوى يظهر ظهور السبب الموجب لذلك الحق ، وإذا لم يظهر ذلك السبب بقى الحق الذى ثبت سببه كاملا من غير معارض ، وبتطبيق هذه القضية على الخنثى المشكل يكون الواجب إعطاءه أخس النصيبين ، ولو أعطيناه أحظهما كان انتقاصا من الآخرين بغير سبب يكون فى قوة أسبابهم ، ولنضرب الأمثال الموضحة لطريقة حل المسائل المشتملة على خنثى مشكل :

(١) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم وأخوين لأم ، وأخت شقيقة ، وخنثى مشكل هو ولد للأب ، فلحلها : نفرض أولا أنه أنثى فيكون للزوجة الربع ، وللأم السدس ، وللأخوين للأم الثلث ، وللأخت الشقيقة النصف ، وللخنثى الذى فرض أختا لأب السدس تكملة للثلثين ، ويكون أصل المسألة — ١٢ — للزوجة ـ٣ـ ، وللأم ـ٢ـ ولولدى الأم ـ٤ـ وللأخت الشقيقة ـ٦ـ وللأخت لأب

« الخنثى » - ٢ - وعلى فرض الذكورة تكون المسألة كما هى ، ولا يأخذ الخنثى شيئاً ، لأنه سيكون أخا لأب يأخذ الباقى ، ولا باقى ، إذ أن المسألة قد عالت إلى ١٥ . فتعتبر له هذه الحال .

(ب) وإذا توفيت عن زوج ، وولد خنثى وأب وأم ، فإنه على فرض الذكورة يستحق الزوج الربع ، والأب السدس والباقى للابن (الخنثى) وتكون المسألة من ١٢ ، ويكون للزوج ٣ ، وللأم ٢ ، وللأب ٢ ، والباقى وقدره - ٥ ، يكون للابن ، وعلى فرض الأنوثة يكون للورثة ما ذكرنا ، ويكون للبيت (الخنثى) النصف أى يكون لها ستة أسهم ، وتعول المسألة إلى ١٣ فتستحق $\frac{٦}{١٣}$ ، وهذا الرقم أكبر من $\frac{٥}{١٢}$ ، على ماهو معروف فى طرق الموازنة بين الكسور عند الحسابيين ، ويتبين إذا كان ثمة تركة ، فإنه إن كانت التركة ١٥٦ ف فان $\frac{٦}{١٣}$ = ٧٢ ف و $\frac{٥}{١٢}$ = ٦٥ ف والأول أكبر ، وعلى ذلك يأخذ نصيب ذكر ، لأنه أخس النصيبين .

(ﺣ) وإذا توفى شخص عن زوجة وابنين ، وبنت وولد خنثى ، فانه يكون للزوجة الثمن ، والباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين ، وفى هذه الحال سيكون بلا شك أخس النصيبين نصيب أنثى فتأخذه .

٢٠١ — هذا ما جاء به القانون [١] فى ميراث الخنثى المشكل ، وهو مذهب الحنفية باتفاق أئمة هذا المذهب، والشافعى فى قول له ، وهناك مذهبان آخران هما. أن الخنثى يرث متوسط النصيبين فتحل المسألة حلين ، ويجمع النصيب فى الحالين ويقسم على اثنين ، فيكون نصيب الخنثى ، وكذلك الحكم فى كل من يتغير نصيبه

---

(١) ذكر القانون ميراث الخنثى فى المادة ٤٦ ، وهذا نصها : « للخنثى المشكل ، وهو الذى لا يعرف أذكر هو أم أنثى أقل النصيبين ، وما بقى من التركة يعطى لباقى الورثة »

باختلاف الحلين أما من لا يتغير نصيبه ، فإنه يستمر على حكم واحد ؛ وهذا رأى مالك وقول لأبي يوسف ، قيل إنه الأخير .

والثانى — وهو رأى الإمام أحمد إنه إن كان يرجى كشف حاله بعد زمن ، فانه يعطى الورثة الأقل من النصيبين ، كما يعطى الخنثى الأقل ؛ ويوقف الباقى إلى أن تنكشف حاله ، كما هو المذهب الشافعى ، وإن لم يكن يرجى كشف حاله ، فانه يكون التوزيع كالمذهب المالكى .

وترى أن أعدل الآراء هو رأى الحنفية ؛ ولكن لايكون إلا بعد اليأس التام من تعرف حاله ؛ واستقرار الأمر على إشكاله ، والله سبحانه وتعالى العليم بخلقه .

٤ — ميراث ولد الزنى وولد اللعان

٢٠٢ — هذه حال من الأحوال المترددة ، فإن فيها ولداً ثبتت صلته بأمه ، وانتفت صلته النسبية بمن كان منه الحمل ظاهراً ، فولد الزنى ثابت النسب من أمه غير ثابت النسب ممن كان السبب فيه ، ولو كان معروفا ، ومقرا بأن الحمل منه ؛ لأن ثبوت النسب نعمة ، والنعمة لا يكون سببها جريمة من الجرائم .

وولد اللعان قد نفى نسبه من ولد على فراشه ؛ ووثق النفى بحلفه أربع مرات أنه صادق فيما رمى امرأته به من نفى الولد ، والخامسة أن عليه لعنة الله إن كان من الكاذبين ، فكان ذلك النفى الموثق سببا فى الفرقة بين الزوجين ، ونفى الولد على ماهو مقرر فى أحكام اللعان (١) .

وإذا انتفى النسب فقد زال سبب الميراث ، فلا يرث أباه ، ولا يرثه أبوه . ولكن صلته بأمه ثابتة لا مجال للشك فيها ، لذلك يثبت نسبه منها ، ويثبت التوارث بينه وبينها ، باتفاق الفقهاء بالنسبة لولد اللعان ، وعلى قول الجمهور بالنسبة لولد الزنى ، فان الشيعة الإمامية لا يثبتون له ميراثا ، لا من قبل صاحب الحمل ، ولا من قبل أمه ، لأن الولد ثمرة الزنى ، فهو ثمرة الجريمة من جانبها ، كما هو ثمرة الجريمة من جانبه ، والميراث نعمة ، إذ هو مال يسوقه الله سبحانه وتعالى للوارث من غير كسب ولا مجهود ، ولا يصح أن تكون الجريمة سببا للنعمة ، فهم لم يفرقوا فى ولد

---

(١) المقرر فى الشريعة الاسلامية أن من يرمى محصنة بالزنى يجلد ثمانين جلدة ، إلا إذا رمى زوجته بالزنى أو بنفى نسب الولد ، فإنه لا يجلد إذا لاعن ، بأن يشهد بالله أربع مرات أنه صادق فيما رماها به من الزنى ، والخامسة أن عليه لعنة الله ، إن كان من الكاذبين ، وتشهد هى أربع مرات بالله أنه لمن الكاذبين والخامسة أن عليه غضب الله ، إن كان من الصادقين ، فان امتنعت عوقبت بعقوبة الزنى فى الشريعة ، وإذا تم اللعان على ذلك الوجه فرق بينهما ، وكانت حرما عليه إلا أن يكذب نفسه ، ونفى نسب ولده إلا أن يكذب نفسه ، فيجلد ثمانين جلدة ويثبت النسب ، وفى حال نفى النسب لا توارث بينهما لعدم وجود سبب الميراث .

الزنى بين قرابة صاحب الحمل ، وقرابة الأم ، أما بالنسبة لولد اللعان فقد فرقوا بين صاحب الحمل وقرابته ، والأم وقرابتها ، فورثوا أمه وقرابتها ، ولم يورثوا صاحب الحمل وقرابته ، كجمهور الفقهاء .

أما جمهور الفقهاء فلم يفرقوا بين ولد اللعان ، وولد الزنى ، من حيث اثبات التوريث للأم وقرابتها ، ولم يثبتوه لصاحب الحمل أو الفراش وقرابته .

وعلى ذلك إذا مات صاحب الحمل لا يرثه ، ولا يرث أحدا من عصبته أو ذى القرابة منه ، وإذا مات الولد عن مال لا يرثه صاحب الحمل ، ولا صاحب الفراش لعدم ثبوت النسب ، على ما هو مقرر ثابت .

٢٠٣ — ويلاحظ أنه يرث كل قرابة الأم ، سواء كانوا أصحاب فروض أم كانوا ذوى أرحام ، ويرثه ذوو الفروض وذوو الأرحام من قرابة أمه ، كل فى طبقته من التوريث ، فهو يرث أخاه لأمه ، ويرثه أخوه لأمه ، وترثه جدته أم أمه وترثه أمه ، وهذا كله ميراث بالفرض وقد يرث أمه بالتعصيب إذا كان ذكراً ، أو كان هناك ذكر وأنثى ، فانه يكون عصبة ، وقد يرث باعتباره من ذوى الأرحام ، إذا لم يكن أحد من أصحاب الفروض أو العصبة ، وقد يرثه ذوو الأرحام إذا لم يكن له أصحاب فروض ، ولا يتصور أن يكون له عصبة على مقتضى رأى جمهور الفقهاء .

هذا وقد جاء فى قانون الميراث أنه يجب عند توريث ولد الزنى واللعان مراعاة مدة ٣٦٥ يوماً المحدودة فى الحمل ، ومراعاة هذه المادة توجب أمرين .

(أحدهما) أنها إذا كانت حاملا بالزنى أو نفى نسب حملها بملاعنة ، فانه لكى يثبت حقه فى ميراث من يموت ، وهو حمل أن يثبت أنه كان فى بطن أمه وقت موته ، وذلك بولادته لخمسة وستين وثلاثمائة يوم من تاريخ الفرقة باللعان ، وابتداء الاستبراء من الزنى ، لأنه إن ولد بعد ذلك لا تكون حاملا به وقت وفاة المتوفى

(ثانيهما) أنه إذا ولد الحمل لأكثر من المدد السابقة لا يثبت نسبه من المطلق أو المتوفى إذا كان ثمة فراش زوجية ، ولم يثبت زنى ، ولا لعان ، وفى هذه الحال

لا يرث ولد المعتدة من صاحب العدة لولادته لأكثر من خمسة وستين يوما وثلاثمائة ، ويكون حكمه كولد الزنى أو اللعان ، فيرث أمه ، وقرابتها ، وترثها هى وقرابتها ، إلا إذا ثبت نسبه بالاقرار المعتد به شرعا ، فان المقر يكون أباه ، ويرث منه بهذا النسب .

٢٠٤ — هذا ماجاء بالقانون شرحناه ، وهو يتفق مع قول الجمهور ، ويجدر بنا أن نبين أن هناك أقوالا أخرى بالنسبة لولد اللعان ، وولد الزنى .

فبالنسبة لولد اللعان قال بعض الفقهاء إنه لما كان لا يرثه أبوه ولا قرابته ، بل الذى يرثه أمه وقرابته ، فعصبة أمه يكونون عصبة له ، لكى تكون له عاقله تعقل عنه إذا جنى ، وترثه إذا مات ، وهم عصبته ، وحيث لا عصبة له من قبل أبيه ، فعصبته هم عصبة أمه .

وقال بعضهم إن الأم تكون عصبته ، ثم بعدها يكون عصبتها من الذكور ، وذلك لأن صلته بها لا تكون أقل من صلة العبد بمن يعتقه ، والاعتاق قد جعله الشارع عصبة إن لم يكن عصبة ، والأنثى تكون عصبة أو فى حكم العصبة لمن تعتقه ، فكذلك هنا .

هذا وقد قال بعض الفقهاء إنه إذا ولدت الملاعنة توءمين ، يكونان أخوين شقيقين ، لأن النسب إن كان قد انتفى عن الأب فالنفى مقصور عليه ، فلا يلتحقان به ، ولكن فيما بينهما العلاقة ثابتة ، إذ أن الولادة على الفراش تجعل الولد ينتسب لا محالة إلى صاحب الفراش ، ولكن إذا نفاه باللعان لا يلحق به ، ولكن لا ينتفى فى ذاته ، أو على الأقل لا يمتد النفى إلى غيره ، بخلاف ولد الزنى إذا جاء من بعده توءم له ، فان الأخوة للأب لاتثبت بينهما ، لأن النسب غير ثابت من أول الأمر ، لعدم وجود سببه ، وهو الفراش من زوجية صحيحة .

والمذهب الحنفى أن التوءمين فى اللعان كالتوءمين فى الزنى لا تنعقد بينهما علاقة من جهة أبيهما ، لأنه حيث نفى نسب الأب فقد صارت العلاقة بينهما من ناحيته غير موجودة ، فلا تثبت علاقه بينهما بسببه ، بل تستمر العلاقة هى علاقة الأم ، فيكونان أخوين لأم .

هذه بالنسبة لولد اللعان والأقوال المختلفة فيه .

اما ولد الزنى ، فالمقرر أنه لا يثبت نسبه ولد أقر بأنه ابنه ما دام يصرح بانه الزنى ، فنسبه لا يثبت من تلقاء نفسه ، ولا يثبت بالإلحاق ، هذا نظر جمهور الفقهاء ، ولكن أختار ابن تيمية ، قول اسحاق بن راهويه أن التوارث يثبت لولد الزنى بين الزانى وبينه إذا ألحقه به ، ولو صرح عند الإلحاق بأنه كان من الزنى ، ولكن يشترط لصحة ذلك الإلحاق أن تكون أمه عند الحمل ليست معتدة ولا زوجة ، لأن النسب بحكم الشرع يكون لصاحب الفراش ، فلا يكون مجهول النسب ، وشرط الالحاق أن يكون الملحق مجهول النسب .

وأساس هذا الرأى هو منع ضياع الولد ، واتباع الحقيقة فى ذاتها ، وقصر حديث الولد « للفراش وللعاهر الحجر » من حيث دلالته على منع ثبوت النسب بالزنى ، على حال التعارض بين الفراش والزنى ، ولا شك أن الأول أقوى سنداً ودليلا . فلا يلتفت إلى الثانى بجواره [1] .

---

(١) بينت ميراث ولد الزنى واللعان المادة — ٤٧ — وهذا نصها :
مع مراعاة المدة المبينة بالفقرة الأخيرة من المادة — ٤٣ — « يرث ولد الزنى وولد اللعان من الأم وقرابتها . وترثهما الأم وقرابتها » .

التخــارج

٢٠٤ م — قلنا عند بيان طريقة استخراج سهام كل تركة وتقسيمها ، إن التركة تقسم على أصل المسألة أو تصحيحه ، إن كانت المسألة عادلة ، أو فيها رد على بعض أصحاب الفروض ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه من التركة ؛ وإن كانت المسألة فيها عول ، أو فيها رد على كل أصحاب الفروض فيها ، فانها تقسم على عدد السهام ، لا على أصل المسألة ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه ، وهذا يسير فى كل المسائل إلا إذا تخارج أحد الورثة على شىء معين من التركة ، أو مقدار من نقدها ، أو مقدار من المـال يعطيه الورثة مجتمعين ، أو يعطيه بعضهم ، فان التركة يكون لها نظام آخر غير النظام الذى بيناه سابقاً ، وقبل بيانه نعرف معنى التخارج :

التخارج — هو أن يتصالح بعض الورثة على قدر معلوم فى نظير أن يترك حصته فيها ، سواء أكان المتصالح مع الورثة مجتمعين ، أم مع بعضهم على أن يحل البعض الذى أعطاه قدراً معيناً من المـال محله فى حصته ، وسواء أكان الورثة قدصالحوه على جزء معين من التركة نفسها ، أم صالحوه على مال قدموه له خارج التركة

وعلى هذا نقول إن التخارج قسمان :

(أحدهما) أن يتخارج الوارث مع كل الورثة .

(وثانيهما) أن يتخارج مع وارث أو أكثر من الورثة ، ونتكلم على كل قسم مع بيان طريقة الحل فى كل صورة وأحواله :

٢٠٥ م — التخارج مع كل الورثة إذا تصالح وارث مع الورثة أجمعين على مقدار يأخذه ، فلذلك صورتان :

(أحدهما) أن يكون المقدار المأخوذ شيئاً معيناً من التركة ، أو مقداراً من النقود فيها ، وفى هذه الحال تحل المسألة باعطاء كل ذى فرض فرضه ، ثم تبين سهام كل وارث ، بما فيهم الوارث المتخارج ، ثم تسقط سهام هذا الوارث

فى نظير ما تخارج عليه ، والباقى من التركة يقسم على السهام الباقية ، بعد إسقاط سهام المتخارج ، ولنضرب على ذلك الأمثال :

(ا) إذا توفيت امرأة عن زوجها ، وأمها وعمها شقيق أبيها ، وتركت ألف جنيه ، ومؤخر صداقها ، وخمسة عشر فدانا وتخارج الزوج على مؤخر الصداق والنقود ، فإننا نحل المسألة كأنه لا تخارج فيكون للزوج النصف ، وللأم الثلث ، وللعم الباقى ، ويكون أصل المسألة — ٦ — سهام للزوج منها —٣— والأم — ٢ — والباقى — ١ — يكون للعم ، ولما كان الزوج قد تخارج على النقود ومؤخر الصداق فتسقط سهامه فى نظيرها والباقى من التركة وهو ١٥ ف يقسم على بقية السهام وهى ثلاثة ، ويستحق كل واحد من التركة ما يقابل حصته من السهام فتأخذ الأم عشرة ، والعم خمسة .

ولا يصح أن يقال إن الزوج يخرج بما تخارج عليه ؛ لأن ذلك يؤدى إلى أن تأخذ الأم ثلث الباقى والعم يأخذ الباقى بعدها ، وهو ثلثا الكلا ، وذلك مناقضة للأنصبة الشرعية لكل منهما .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة وأم وأخوين لأم وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، وترك تركة قدرها ١٤٠ ف وخمسون سهما فى إحدى الشركات ونقود وتصالحت الزوجة على النقود والأسهم ، فنى هذه المسألة تستخرج الحصص بالسهام فى التركة — أولا — فتأخذ الزوجة الربع ، والأم السدس ، والأخوان لأم الثلث ، والأخت الشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ؛ والمسألة يكون أصلها - ١٢ - للزوجة - ٣ - والأم - ٢ - ، وللأخوين لأم - ٤ - والأخت الشقيقة - ٨ - والأخت لأب - ٢ - ، - فتعول المسألة إلى - ١٧ - تسقط حصة الزوجة بالسهام فى نظير ما تخارجت عليه ، والباقى من التركة يقسم على الباقى من السهام ، وقدره - ١٤ - وكل يأخذ ما يقابل حصته من هذا السهام .

(ح) وإذا توفى شخص عن بنت وبنت ابن ، وأم ، وترك تركة قدرها أربعون فدانا ، وألفا جنيه ، وقد تخارجت الأم على النقود .

فتحل المسألة بالسهام أولا ، فتستحق البنت النصف ، وبنت الابن السدس ،

والأم السدس ، ويكون أصل المسألة - ٦ - تأخذ البنت - ٣ - وبنت الابن - ١ - والأم - ٥ - وعلى ذلك ترد المسألة إلى - ٥ - وتسقط سهام الأم فى نظير ما تخارجت عليه ، ويقسم الباقى من التركة على الباقى من السهام ، فيقسم ٤٠ ف على - ٤ - تستحق البنت منها ٣٠ ف ، وبنت الابن ١٠ ف .

(ى) وإذا مات شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت ابن ، وأم ، وترك تركة قدرها ١٣٢ ف ومائة سهم فى إحدى الشركات، وتخارجت الأم على أسهم الشركة .

فإن المسألة تحل أولا باستخراج حصة كل وارث بالسهام ؛ فالزوجة يكون لها الثمن ، والبنت لها النصف ، وبنت الابن لها السدس ، والأم لها السدس ؛ ويكون المسألة فيها رد ، فيجعل أصل المسألة مخرج نصيب الزوجة ، أى مقام الكسر الذى يدل على نصيب الزوجة فيكون أصل المسألة - ٨ - ويكون للزوجة - ١ - والباقى وهو - ٧ - يقسم بنسبة $\frac{1}{2}$ ، $\frac{1}{6}$ ، $\frac{1}{6}$ أى يقسم على ٥ ، و ٧ لا تقبل القسمة على - ٥ - فيصحح أصل المسألة بضربه فى - ٥ - فيكون الأصل المصحح - ٤٠ - للزوجة فيه - ٥ - وللبنت - ٢١ - ولبنت الابن - ٧ - وللأم - ٧ - .

وتسقط سهام الأم نظير ما تخارجت ، وهو أسهم الشركة ، ويقسم الباقى من الشركة على الباقى من السهام ، فيخص كل سهم - ٤ - ويكون للزوجة ٢٠ ف ، وللبيت ٨٤ ف ، ولبنت الابن ٢٨ ف .

٢٠٥ — هذه هى الحال الأولى من أحوال تخارج الوارث من بقية الورثة مجتمعين وهى تكون إذا كان المتخارج عليه شيئاً معينا من التركة ؛ وقد ضربنا الأمثال الموضحة ، وهذه الصورة أكثر الصور ذيوعا على أقوال الفقهاء والمفتين ، ويلاحظ أن التخارج فى هذه الحال هو قسمة غير كاملة .

والحال الثانية أن يتخارج الورثة مع الوارث بمال خارج عن التركة ، وفى هذه الحال ، إما أن ينصوا على أن كلا قد دفع ما يقابل حصته ؛ وإما أن ينصوا على تقدير آخر غير ذلك ، وإما ألا ينصوا على شىء .

(ا) فإن نصوا على أن كلا قد دفع مايقابل حصته ، تحل المسألة كالصورة السابقة تماماً ، بأن تستخرج السهام التي تكشف عن حصة كل وارث ؛ وتسقط حصة الوارث المتخارج في نظير ماتخارج عليه ، وتقسم التركة على الباقي من السهام، ويأخذ كل وارث مايقابل حصته ؛ لأن كل وارث تحمل من الغرم بمقدار حصته ، لتسلم له حصته بعد ذلك من التركة خالصة من حق هذا المتخارج فيها ، ولا طريق لتحقق ذلك ، إلا بأن تقسم التركة على بقية السهام .

(ب) وإن اتفقوا على طريق آخر في الدفع ، بأن دفع كل وارث مقداراً أكثر أو أقل مما يقابل حصته ، فإنه في هذه الحال ، تحل المسألة ، وتستخرج السهام ويبين ماخص سهام الوارث المتخارج من التركة ؛ ثم تقسم تلك الحصة على الورثة بما اتفقوا عليه ، فيأخذ كل واحد من حصة المتخارج بمقدار مادفع ، لا بمقدار مايعادل حصته في التركة ، لأن الدفع للمتخارج لم يكن على أساس ماخص كل حصة ، بل كان على مقدار القدرة المالية لكل وارث في الدفع ، والغرم بالغنم.

(حـ) وإذا دفعوا له مجتمعين ، ولم ينص على أن الدفع ،كان بمقدار حصة كل من التركة أو بمقدار آخر ، فانهم جميعاً يكونون شركاء في الدفع في مقابل أن يسلم لهم نصيبه ، فقد اشتروا نصيبه بما لهم المجتمع ، ولم ينصوا على تفاوت في الحصص ، فيكونون جميعاً شركاء بالتساوي في الحصة المبيعة من التركة ، وهي مايستحق فيها.

والحل في هذه الحال أن تستخرج السهام ، وتقسم التركة على كل السهام لا على بعضها ، وما قابل سهام الوارث المتخارج يقسم بينهم بالتساوي ، لأنهم شركاء فيه ، إذ اشتروه ، وما داموا لم يبينوا حصة كل واحد في الشركة ، فيكون الأصل هو التساوي ، إذ كل شركة الأصل فيها هو التساوي .

وهذا الحكم هو المقرر في المذهب الحنفي ، وهو الذي جاء به قانون الميراث .

٢٠٦ — التخارج مع بعض الورثة : ماتقدم كله كان التخارج فيه مع الورثة مجتمعين ، وهو في بعض صوره قسمة للتركة غير كاملة ، إذا كان المتخارج عليه منها ، وفي الصور الأخرى بيع من المتخارج لحصته للورثة .

أما التخارج فى هذا القسم . وهو التخارج مع بعض الورثة ، فإنه فى حكم بيع الوارث حصته من التركة لبعض الورثة دائما ، وفى هذه الحال يحل المشترى لهذا النصيب محل الوارث فى نصيبه ، فيأخذ المشترى حصته بصفته وارثاً ، ثم يأخذ حصة المتخارج باعتباره قد اشترى هذه الحصة .

وحل المسألة فى هذه الحال أن يعطى كل صاحب فرض وعاصب أو غيره حصته بما فيهم الوارث المتخارج ، وتبين سهام كل وارث الن غير استثناء أحد قط، وتقسم التركة على كل السهام بما فيها سهام الوارث المتخارج ، ولكن ماخص سهامه لا يئول إليه ، بل يأخذه الوارث الذى دفع من ماله بدل التخارج ، لأنه اشترى تلك الحصة من التركة بما دفعه من بدل لها .

٢٠٧ — هذا شرح ماجاء فى قانون الميراث خاصا بالتخارج فى التركات ، والحكم فيه عام فى ظاهر لفظه ، فليس خاصاً بتركة خاصة ، ولا بنوع من المال دون نوع ، فيشمل التركات المعلومة على وجه اليقين ، والتركة التى لم تصف، ولم يعلم مقدارها على التعيين ، ويشمل التركات المدينة والتركات غير المدينة كما يشمل التركات التى يكون بعضها ديوناً لدى الغير ، والتركات التى ليس فيها ديون قبل أحد.

والتعميم بهذا الوضع ينفق مع الأحكام التى اشتمل عليها القانون المدنى ، فقد سوغ بيع وارث لاستحقاقه فى التركة من غير معرفة مقدار التركة ، ولا نوعها ، ولو كان بعضها ديونا قبل بعض الناس ، وليس الوارث الذى باع حقه ضامنا إلا لكونه وارثا ، فعليه فقط اثبات هذه الصفة ، وإذا كانت التركة فيها ديون حل المشترى محله فيها ، وأصبح له حق المطالبة بمقدار نصيب ذلك الوارث الذى اشترى

---

(١) بينت التخارج وأطعامه المادة — ٤٨ — وهذا نصها :

التخارج هو أن يتصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شىء معلوم ، فاذا تخارج أحد الورثة مع آخر منهم استحق نصيبه وحل محله فى التركة ، وإذا تخارج أحد الورثة مع باقيهم ، فان كان المدفوع له من التركة قسم نصيبه بينهم بنسبة أنصبائهم فيها ، وإن كان المدفوع من مالهم ، ولم ينص فى عقد التخرج على طريقة قسمة نصيب الخارج قسم عليهم بالسوية بينهم .

حصته ، وقد نصت على ذلك الحكم المواد ٤٧٣ ، ٤٧٤ ، ٤٧٥ ، ٤٧٦ وهذا نص هذه المواد :

مادة — ٤٧٣ — من باع تركة دون أن يفصل مشتملاتها لا يضمن إلا إثبات وراثته ، مالم يتفق على غير ذلك .

مادة — ٤٧٤ — إذا بيعت تركة لا يسرى البيع فى حق الغير إلا إذا إستوفى المشترى الإجراءات الواجبة لنقل كل حق إشتملت عليه التركة ، فإذا نص القانون على إجراءات لنقل الحق فيما بين المتعاقدين ، وجب أيضاً أن تستوفى هذه الإجراءات

مادة — ٤٧٥ — إذا كان البائع قد إستوفى بعض ما للتركة من الديون أو باع شيئاً مما إشتملت عليه وجب أن يرد للمشترى ما استولى عليه مالم يكن عقد البيع قد اشترط صراحة عدم الرد .

مادة — ٤٧٦ — يرد المشترى للبائع ما وفاه هذا من ديون التركة ، ويحسب للبائع كل ما يكون دائناً به للتركة مالم يوجد إتفاق يقضى بغير ذلك .

٢٠٨ — هذه هى مواد القانون المدنى المشتملة على بيان بيع حق الإرث ، ويدخل فى عمومه التخارج بكل صوره ، إذا كان بدل التخارج ليس جزءا معيناً من التركة ، لأن هذه المواد تبين أحكام بيع حق الإرث من غير نظر إلى أن يكون المشترى أجنبياً ، أو يكون المشترى وارثاً .

وواضح من هذا أن التخارج الذى يأخذ حكم البيع على ذلك النحو إذا كان فى التركة عقار لا تنتقل الملكية فيه إلا بعد شهر العقد بالتسجيل .

أما إذا كان التخارج على جزء معين من التركة يختص به المتخارج فى نظير سهامه ، وهى التى ضربنا عليها الأمثال فى صدر كلامنا فى التخارج ، فإن ذلك النوع من التخارج لا يعد بيعاً لحق الإرث خالصاً ، بل هو قسمة ، وفرز لنصيب الوارث المتخارج قد أرتضاه حصة له ، وإن كان لا يخلو من معنى المبادلة ككل قسمة للقيميات وعلى ذلك تجرى على هذا النوع من التخارج أحكام القسمة لا أحكام البيع ، كما هو الظاهر الذى يتفق مع منطق الفقه والقانون .

وقبل أن نترك حكم القانون نقول إن إطلاق الجواز لبيع التركات والتخارج منها ، ولو كان بعضها ديونا قبل الغير هو الذى يتفق مع الأحكام القانونية الثابتة ، ولو كان فيها تمليك الدين لغير من عليه الدين . فهو سير على مقتضى منطق القانون المدنى الذى يسوغ ذلك التمليك ، إذ أنه يسوغ حوالة الحق ، كما يسوغ حوالة الدين ، وقد نوهنا إلى ذلك فى الأحكام العامة للتركات ، وقلنا إن المذهب الحنفى ، وإن كان يضيق عن حوالة الحق ، قد تحايل فقهاؤه لتسويغها ونقلنا بعض النصوص فى ذلك ، وأرجأنا تمام البيان إلى الكلام فى التخارج ، والآن نبين بعض البيان ما أجملنا .

٢٠٩ — إن التركة إن كان التخارج قد أخذ فيها صورة القسمة فهى قسمة يسرى عليها ما يسرى على كل الأشياء المشتركة عند إقتسامها ، ويكون التخارج فى حكم القسمة ، إذا كان المتخارج عليه بعضا معيناً ، كما نوهنا إلى ذلك فى موضعه ، وإن كانت القسمة فيها معنى المبادلة أيضاً .

وعلى ذلك يكون قابلا للنقض إذا حدث ما يسوغ نقض القسمة فى التركات وقد ذكر صاحب البدائع ثلاث أحوال تنقض فيها قسمة التركة ؛ وبالتالى ينقض كل تخارج يأخذ وصف القسمة ، وهذه الثلاثة هى .

١ — ظهور دين على الميت ، وتنقض القسمة فى هذه الحال إذا طلب الغرماء النقض ويجاب طلبهم إذا لم يكن فى التركة الباقية نقود تكفى لسداد الدين ، ولم يستعد الورثة لقضاء الدين من مال أنفسهم حماية للقسمة من أن تنقض ، فإن لم يكن واحد من هذين الأمرين نقض القاضى القسمة بطلب الغرماء إن تعين الطلب سبيلا لاستيفاء ديونهم .

٢ — وظهور وصية لم تكن معلومة وقت القسمة أو وقت التخارج الذى أخذ حكمها ، لأن مقادير السهام من التركة تتغير ، بظهور ذلك الشريك الذى لم يحتسب عند الاقتسام . أو عند التخارج .

٣ — ظهور وارث لم يكن معلوما وقت القسمة ، فإن ظهوره يغير السهام نفسها ، لا مقاديرها من التركة فقط ، فهو شريك أيضاً لم يحتسب حسابه ،

فتنقض القسمة التي بنيت على أنه غير موجود ؛ ويعدل التقسيم حتى تتميز حصته ؛ وتكون القسمة أو التخارج على أساس صحيح .

٢١٠ — هذه بعض أحكام التخارج الذى يكون على شيء معين من التركة ، أما التخارج الذى لا يكون فيه بدل التخارج شيئاً معيناً من التركة فإنه يكون بيعاً ، وتسرى فيه الأحكام السابقة ، لأن الأساس الذى بنى عليه قد تغير بظهور من ظهروا .

والكلام فى أحكام ذلك النوع من البيع من الناحية الشرعية يشتمل على ثلاثة عناصر : هى معلومية التركة ، وحكم التخارج إذا كان بعض التركة نقوداً ، وكذلك حكمه إذا كان بعضها ديوناً قبل الغير .

أما الأول : وهو معلومية التركة فالمتفق عليه بين فقهاء المذهب الحنفى أنها ليست بشرط ، لأن المعلومية فى المبيعات بشكل عام شرط ، لإمكان التسليم ولما كان الورثة الذين يخرجون بعضهم لتخلص التركة لهم ، هم المستولين عليها فعلا ، لم يكن ثمة حاجة إلى معرفتها على وجه التعيين ، وبذلك يتلاقى القانون المدنى فى هذا الجزء مع الفقه الحنفى بالنسبة لبيع الحق فى التركة لأحد الورثة أو لهم مجتمعين .

وأما الثانى ، وهو الحكم إذا كان فى التركة نقود وكان تخارج ، فإن كان التخارج بغير جنسها ، فهو صحيح قل أو أكثر ، لأنه لا يشترط أن يكون التخارج بمقدار الحصة تماماً ، إذ هو بيع تجرى عليه أحكام البيوع ، وليس بلازم أن يكون الثمن مساوياً لقيمة المبيع .

وأما إذا كان بدل التخارج نقوداً ، وفى التركة نقود وغير نقود ، واتحد الجنس فإنه فى هذه الحال يجب أن تكون النقود تزيد عن حصة المتخارج فى النقود لكى يكون قد وصل إليه حقه من النقد ، والزائد يكون ثمناً لما عدا النقود من التركة ، ولو كان قليلا بالنسبة لنصيبه فيها ، فإنه يروى أن ورثة عبد الرحمن ابن عوف ، قد تخارجوا مع إحدى أزواجه على مقدار من النقد ، وعرف بأنه كان يساوى نصف حصتها من قيمة التركة فى مجموعها .

وأما الأمر الثالث: وهو الحكم إذا كان بعض التركة ديناً قبل الغير فإن التخارج لا يجوز على مقتضى القياس ولو كان ببعض التركة ، وذلك لأنه تمليك الدين لغير من عليه الدين ، إذ أن مقتضاه أن الجزء الذى كان يخص الوارث المتخارج من الدين قد ملكه لغيره ، والديون لا تقبل التمليك لغير من عليه ، ولأن حوالة الحق لا تجوز فى المذهب الحنفى .

٢١١ — هذه هى القاعدة ، ولكن فقهاء المذهب ، وجدوا فى تلك القاعدة تضييقاً على النـاس ، ولم تكن إلا اتباعاً لقياس فقهى ظاهر ، ولذلك تحايلوا للتوسعة على الناس ، وبين يدى مخرجان لفقيهين من أئمة التخريج فى المذهب الحنفى وهما الكاسانى والزيلعى .

فالكاسانى يسوغ تمليك الدين لغير من عليه الدين مادام لم يصرح بالدين الذى هو موضع التمليك ، ويعتبر ذلك توكيلا بالقبض ، ويقول فى ذلك :

« وأما بيع الديون من غير من هى عليه ، والشراء بها من غير من هى عليه ، فينظر إن أضاف البيع والشراء إلى الدين لم يجز ، بأن يقول لغيره بعت منك الدين الذى هو فى ذمة فلان بكذا ، أو يقول اشتريت منك هذا الشىء بالدين الذى هو فى ذمة فلان . . فذلك لا يجوز . وإن لم يضف العقد إلى الدين الذى عليه جاز . ولو اشترى شيئاً بثمن هو دين ، ولم يضف العقد إلى الدين جاز ، ثم أحال البائع على غريمه بدينه الذى هو عليه جازت الحوالة ، لأن هذا توكيل بقبض الدين فإن المحال عليه يصير بمنزلة الوكيل للمحيل بقبض دينه من المحتال له ، والتوكيل بقبض الدين جائز أى دين كان »[1] .

هذا تخريج الكاسانى ، وهو فى هذا يتجه إلى أن تمليك الدين يجىء عن طريق التوكيل بقبضه ولو طبقناه على التخارج فى التركات ، لكان معناه أن المتخارج قد وكل سائر الورثة فى قبض الدين ، وإذا تسلموها كان فى نظير ما أخذ من مال

---

(١) البدائع الجزء الخامس ص ١٨٢ .

وأما تخريج الزيلعي فقد ذكره في باب التخارج بين الورثة ، ولذلك كان نصا في موضوعنا ، وهو يجعل المقدار الذي يعد بدلا للتخارج قسمين أحدهما يساوي مقدار نصيب المتخارج في ديون التركة ، ويأخذه على أنه دين عليه ، والباقي يكون في نظير ما عدا الديون التي للتركة ، فأما الجزء الذي يكون مساويا للدين الذي له قبل الغرماء ، فان الغرماء يتعهدون للورثة بسداده ، ويحيل المتخارج الورثة عليهم عن طريق حوالة الدين ، وبذلك يتم التخارج في العين والدين معا (١) .

وبهذين المخرجين يتلاقى الفقه والقانون في هذا المقام . والله سبحانه وتعالى أعلم .

---

(١) الزيلعي الجزء الخامس ص ٥١ .

الوصية مع الميراث

٢١٢ م — هذا باب نختم به بحوثنا فى هذا الكتاب ، وهو يبين :

١ — طرق حل المسائل التى تشتمل على وصايا ومواريث .

٢ — ويبين ثانيا طريق إستخراج الوصية الواجبة التى صارت تشبه الميراث فى لزومها للمورث ولورثته .

٢١٣ م — أما القسم الأول ، وهو طريق حل مسائل الوصايا الاختيارية مع الميراث ، فإنه ينظر إن كانت الوصية نافذة من غير حاجة إلى إجازة أحد ، أو تحتاج فى نفاذها كلها إلى إجازة الورثة .

فإن كانت لا تحتاج فى نفاذها إلى إجازة أحد ، وكانت بمقدار معين من التركة أو بمقدار شائع فيها غير مقدر بنصيب أحد الورثة ، فان الوصية تنفذ أولا ، وتخرج ، ثم تقسم بقية التركة على الورثة .

فإذا كان المتوفى قد أوصى بثلث ماله لأخته الشقيقة ، وكان ورثته ابنه وبنته ، وزوجته وأمه ، وترك تركة قدرها ١٨٠ ف ، فان التركة يؤخذ منها أولا ثلثها ، ويعطى الأخت الشقيقة ، والباقى وقدره ١٢٠ ف يقسم على ورثته المذكورين وتحل المسألة ، كما لو كانت لا وصية فيها ، وإذا أوصى شخص لجهة بر بشىء معين من ماله يخرج من ثلث التركة ، وترك مع هذا المعين ٢٤٠ ف ، وكان ورثته زوجة وأما وأبا ، وبنتاً ، فان الموصى به المعين يكون لجهة البر وصية ، وتقسم الأطيان على الورثة ، كل على حسب سهامه .

٢١٤ م — وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ولا يحتاج إلى إجازة فان مقدارها لا يعرف إلا بعد معرفة سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، ولذلك تقسم التركة بالسهام أولا ، فاذا عرف مقدار سهام الوارث الذى أوصى بمثل نصيبه ، أضيف إلى مجموع السهام مقدار سهام ذلك الوارث ؛ ليكون ذلك مقدار ما يقابل نصيب الموصى به ، ثم تقسم التركة بعد ذلك على مجموع سهام الورثة

مضافاً إليها سهام الموصى له ، وما يقابل سهامه يكون هو المقدار الموصى به ، ولنضرب لذلك بعض الأمثلة .

(ا) إذا توفى شخص عن زوجة ، وأم ، وأخوين لأم ، وأختين شقيقتين ، وأخ لأب أوصى له بمثل نصيب الأخ لأم . وترك ٣٨٠ ف ، فإن التركة تقسم هكذا :

تعطى الزوجة الربع ، والأخوان لأم الثلث . والأم السدس ، والأختان الشقيقتان الثلثين ، ويكون أصل المسألة ـ ١٢ ـ وتكون سهام الزوجة ـ ٣ ـ والأم ـ ٢ ـ والأخوين لأم ـ ٤ ـ لكل واحد ـ ٢ ـ والأختين ـ ٨ ـ ويكون مجموع السهام ـ ١٧ ـ فهى عائلة ، ويضاف إلى هذا المجموع مقدار ما خص كل أخ لأم من سهام ، وهو ـ ٢ ـ مقدار الموصى به ، فيضاف ذلك إلى مجموع السهام ، فيصير المجموع ـ ١٩ ـ وتقسم التركة على ١٩ ، فيكون ما يخص السهم ٢٠ ف ، فيعطى كل ذى فرض ما يقابل سهامه ، ويعطى الموصى له ما يقابل سهامه .

(ب) توفيت أمرأة عن زوج ، وبنت ، وبنت ابن ، وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، أوصى لها بمثل نصيب الأخت الشقيقة ، وتركت تركة قدرها ٢٦٠ ف .

فى هذه الحال يعطى الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس تكملة للثلثين ، والأخت الشقيقة الباقى ؛ لأنها عصبة مع الغير ؛ ويكون أصل المسألة ـ ١٢ ـ يكون للزوج ـ ٣ ـ وللبنت ـ ٦ ـ ولبنت الابن ـ ٢ ـ وللأخت الشقيقة الباقى ، وهو ـ ١ ـ ويكون لأخت الأب الموصى لها ـ ١ ـ بمقدار الأخت الشقيقة ، فيكون مجموع سهام الورثة والموصى ـ ١٣ ـ تقسم عليها التركة ، فيخص كل سهم ٢٠ ف ، يعطى كل وارث منها ما يقابل نصيبه .

(حـ) وإذا توفى شخص عن زوجتين : إحداهما مسيحية أوصى لها بمثل نصيب المسلمة ، وعن بنتين ، وأب وأم ، وترك تركة قدرها ٦٠ ف ، فيكون للزوجة المسلمة الثمن وللبنتين الثلثين ، وللأم السدس ، وللأب السدس مع الباقى ، إن كان باق ، ويكون

ويكون أصل المسألة ـ ٢٤ ـ للزوجة المسلمة ـ ٣ ـ وللبنتين ـ ١٦ ـ وللأم ـ ٤ ـ وللأب ـ ٤ ـ فيكون بمجموع السهام ـ ٢٧ ـ وتكون عائلة ، ويضاف إلى هذا المجموع ـ ٣ ـ للزوجة المسيحية الموصى لها ، فيكون المجموع ـ ٣٠ ـ تقسم عليها التركة ، فيخص كل سهم ـ ٢ ـ ويخص الموصى لها ٦ ف ، ويعطى كل وارث ما يقابل سهامه .

هذه أمثلة موضحة للوصية إن كانت بمثل نصيب أحد الورثة ، ولم تخرج عن الثلث.

٢١٥م — هذه وصايا النافذة ، وطريق حل المسائل المشتملة عليها ، واستخراجها

ولينتقل إلى الوصايا غير النافذة كلها إلا بإجازة الورثة ، وهى الوصايا التى تكون بأكثر من الثلث ؛ فإن الجزء الزائد على الثلث لا ينفذ إلا بإجازة الورثة ؛ والثلث ينفذ من غير حاجة إلى إجازتهم .

ولهذا النوع من الوصايا حالان : (إحداهما) أن تكون الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويكون أكثر من الثلث ، كأن يكون الورثة بنته وابنه ، ويوصى لشخص بمثل نصيب ابنه ، وفى هذه الحال تحل المسألة كالطريقة التى ذكرناها آنفا باستخراج سهام كل وارث ، وإضافة سهام إلى المجموع يساوى سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه ، ثم إن أجاز الورثة الوصية نفذت كلها ؛ وإن لم يجيزوا نفذت فى الثلث فقط ، وقسم الثلثان بين الورثة بمقدار سهامهم ، بأن يخرج الثلث أولا .

والثلثان يقسمان تقسيما مبتدأ ؛ ولا نعتبر الوصية بمثل نصيب أحد الورثة .

٢١٦ م — الحال الثانية ألا تكون الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وهى أكثر من الثلث ؛ وهذه الوصايا يفرض لها ثلاثة فروض ؛ ولكل فرض حكم ، وحل خاص بالمسائل المشتملة عليه .

الفرض الأول — أن يجيز الورثة جميعاً هذه الوصية ، وفى هذه الحال يخرج مقدارها من أصل التركة ، والباقى يكون للورثة يقسم بينهم على حسب فرائضهم ، وما يستحقون .

الفرض الثانى — ألا يجيز الورثة جميعاً ، وفى هذه الحال تنفذ التركة فى الثلث ، ويخرج من أصل التركة ، والباقى يقسم بينهم تقسيم الميراث .

الفرض الثالث — أن يجيز بعض الورثة ، ولا يجيز بعضهم ، وفى هذه الحال تقسم التركة تقسمين : تقسيم على فرض الإجازة ، وتقسيم على فرض عدم الإجازة ، فمن أجاز أخذ نصيبه على تقسيم الإجازة ، ومن لم يجز أخذ نصيبه على تقسيم عدم الإجازة ، والباقى بعد أن يأخذ كل ذى حق حقه يكون للموصى له ، ولنبين ذلك ببعض الأمثلة نسوقها .

(ا) إذا توفى شخص عن زوجة وأخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأم وأوصى لجهة بر بنصف ما يملكه ، وترك ٣٩٠ ف ، وأجازت الأم الزوجة ، ولم تجز الأختان ، فتقسم التركة تقسيمين ، بعد التقسيم بالسهام ، وعلى ذلك تكون الزوجة تستحق الربع ، والشقيقة النصف ، والأخت لأب السدس ، والأم السدس . وأصل المسألة - ١٢ - وعالت إلى - ١٣ - لأن سهام الزوجة - ٣ - والأم - ٢ - والشقيقة - ٦ - والأخت لأب - ٢ - .

ويقسم — أولا — على فرض الإجازة فيكون للوصية - ١٩٥ - وهى النصف ويقسم ١٩٥ على ١٣ فيخص السهم ١٥ . ويكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف ، وللشقيقة ٩٠ ف ، وللأخرى ٣٠ ف .

ويقسم — ثانيا — على فرض عدم الإجازة ، فيكون للوصية ١٣٠ ف هى الثلث ويقسم ٢٦٠ ف على ١٣ فيخص السهم ٢٠ ف ، ويكون للزوجة ٦٠ف ، وللأم ٤٠ ف ، وللشقيقة ١٢٠ ف ، وللأخرى ٤٠ ف .

ولما كانت الزوجة والأم قد أجازتا الوصية ، فهما تأخذان نصيبهما على تقسيم الإجازة . فيكون للزوجة ٤٥ ف ، وللأم ٣٠ ف والأختان لما لم تجيزا أخذتا نصيبهما ، على تقسيم عدم الإجازة فتأخذ الشقيقة ١٢٠ ف ، والأخرى ٤٠ ف ، والباقى وقدره ١٥٥ ف هو قدر الوصية النهائى .

(ب) إذا توفيت امرأة عن زوج ، وأخوين لأم ، وأم ، وأوصت لمستشفى

بمائة وعشرين فداناً ، وتركتها كلها ١٨٠ ف ، وقد أجازت الأم الوصية ، ففي هذه المسألة تبين الأنصبة بالسهام ، فيستحق الزوج النصف ، والأم السدس ، والأخوان لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة - ٦ - للزوج منها - ٣ - وللأم - ١ - وللأخوين - ٢ - ثم تقسم التركة - أولا - على فرض الإجازة فيقسم بين الورثة - ٦٠ ف - فيستحق الزوج ٣٠ ف ، والأخوان لأم ٢٠ ف ، والأم ١٠ ف .

وتقسم — ثانياً — على فرض عدم الإجازة فيخرج الثلث ، وتكون التركة التي تقسم بين الورثة ١٢٠ف ويستحق الزوج ٦٠ ف ، والأم ٢٠ف ، والأخوان لأم ٤٠ ف .

ولما كانت الأم قد أجازت ، فإنها تستحق ١٠ ف على تقسيم الإجازة ، والباقون يستحقون أنصبتهم على تقسيم عدم الإجازة إذا لم يجيزوا ، فيأخذ الزوج ٦٠ ف ، والأخوان ٤٠ ف ، ويكون مقدار الوصية النهائي ٧٠ ف .

الوصية الواجبة

٢١٧ — الأصل في الوصايا أنها اختيارية ، وليس منها واجبة بحكم القضاء ، والوصايا بأداء الكفارات والزكوات التي تكون قد فاتته في حياته واجبة وجوباً دينياً ، وليس الوجوب وجوباً قضائياً ، ولذلك لو تركها لا تنفذ من ماله في المذهب الحنفي ، على النحو الذي بيناه في مقدمة هذا الكتاب التي بينا فيها الأصول العامة لأحكام التركات .

ولكن قانون الوصية أتى بحكم لم يسبق بمثله في المذاهب الإسلامية المشهورة ، وهو أن الوصية تكون واجبة بحكم القانون ، وتنفذ بحكم القانون ، سواء أراد المورث أم لم يرد ، وتلك الوصية تكون لفرع من يموت في حياة أحد أبويه حقيقة ، أو حكما ، وهو المفقود ، أو يموتان معاً ، كالحرقى والهدمى والغرقى .

والباعث على ذلك أنه في أحوال غير قليلة يموت الشخص في حياة أمه أو أبيه ، ويحرم هو وذريته من ميراثه الذي كان يستحقه لو عاش إلى وفاة والديه ،

وبذلك يصير أولاده فى فقر مدقع ، مع أن أعمامهم يكونون فى سعة ورغد من العيش ، ويجتمع لأولئك اليتامى مع اليتم وفقد العائل الحرمان ، ويضطرب ميزان التوزيع فى الأسرة ، ويصير بعضهم فى متربة بسبب موت أبيهم المبكر ، وكثيراً ما كانت الأسر المتعاونة تحمل الأب أو الأم على الوصية لأولاد ولدهما المتوفى فى حياتهما .

فجاء قانون الوصية ، وقرر ذلك المبدأ ، واعتبره وصية واجبة ، وتعلق واضعوه ببعض نصوص القرآن الكريم ، وآراء بعض فقها التابعين ، ورأى لابن حزم الأندلسى ، ونص على ذلك فى المواد ٧٦ ، ٧٧ ، ٧٨ من ذلك القانون .

٢١٨م — وخلاصة ما إشتملت عليه تلك المواد أنه يجب على الشخص أن يوصى لفرع ولده المتوفى فى حياته بنصيبه ، إذا لم يستحق ذلك الفرع من التركة شيئاً ، مهما تنزل درجة الفرع ، إذا كان المتوفى فى حياة أحد والديه ذكراً بشرط ألا تتوسط أنثى ، فان توسطت أنثى لا تستحق الطبقات التى تليها ، وإذا كان المتوفى فى حياة أحد أبويه أنثى لا يستحق من فرعها إلا الطبقة التى تليها فقط ، أى أن أولاد الظهور يستحقون مهما تكن طبقتهم ، أما أولاد البطون فلا يستحق الطبقة الأولى من أولاد البنات .

وكل طبقة لا تستحق إذا كان من يصلها إلى المتوفى موجوداً ، فالطبقة العالية تحجب من دونها ممن يدلى بها ، أى يتصل بوساطتها ، فكل فرع موجود يحجب من يتصل بالمتوفى عن طريقه ، ولا يحجب من لا يتصل عن طريقه ، ولو كان فى طبقة أسفل منه .

٢١٩ — والوصية الواجبة تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حدود الثلث فان كان نصيبه يزيد على الثلث لاتجب الوصية إلا بمقدار الثلث ، وإذا لم يوص المورث بهذا المقدار المحدود نفذت الوصية فى ماله بحكم القانون ، وإن أوصى بأقل من نصيب ولده المتوفى كمل ، حتى يصل إلى مقداره بشرط ألا يزيد على الثلث وإن أوصى بأكثر من نصيب ولده المتوفى كان الزائد وصية اختيارية ، ويكون حكمها كحكم سائر الوصايا الإختيارية .

وإن كان ثمة وصايا اختيارية ، والثلث يضيق عنها هى والوصية الواجبة ، قدمت الوصية الواجبة على غيرها ، ومابقى تتزاحم فيه الوصايا الإختيارية ، وينفذ من كل وصية مقدار يعادل مقدارها بالنسبة لمجموع هذه الوصايا ، أى يكون الزائد بينها بالمحاصة ، بأن يعطى كل بنسبة وصيته .

وما يكون من وصايا لأصحاب الوصية الواجبة بأكثر من نصيبهم يكون الزائدحكمه فى التزاحم كأصحاب الوصايا الإختيارية ، ويكون معها على قدم المساواة

وتقسم الوصية الواجبة بين مستحقيها تقسيم الميراث أى أنه يكون للذكر مثل حظ الأنثيين ، إن كانوا ذكورا ، وإناثا ؛ وإن اتحد الجنس قسم بينهم بالتساوى ؛ والتقسيم يبتدىء عند أول طبقة ، وما خص كل أصل يأخذه فرعه .

٢٢٠ — ويشترط لإيجاب الوصية الواجبة :

١ — ألا يكون الفروع الذين مات أصلهم فى حياة أحد أبويه وارثين . فان كانوا وارثين ، ولو مقدارا قليلا لاتجب الوصية ، وتكون الوصية لهم من قبيل الوصية الإختيارية تجرى عليها أحكامها ، ولا تقدم على غيرها من الوصايا .

٢ — ويشترط أيضاً ألا يكون الميت أعطاهم بغير عوض عن طريق آخر كطريق الهبة أوالوقف ما يساوى الوصية الواجبة ، فان كان قد أعطاهم أقل منها وجبت وصية لهم بمقدار مايكمل نصيب أصلهم الذى توفى فى حياة أحد أبويه أو الثلث ، إن كان نصيبه أكبر منه ؛ فان كان الميت قد أعطى أصحاب الوصية الواجبة بالهبة أو نحوها مقدار نصيب أصلهم ، فالوصية لا تكون واجبة ، وإن كان ما أعطاهم أقل من نصيبه ودون الثلث كمل لهم الأقل من الأثنين : النصيب أو الثلث .

٢٢١ م — هذه خلاصة موجزة أشد الإيجاز لما جاء فى قانون الوصية خاصا بالوصية الواجبة ، وهى قد صارت من حيث إجبار الموصى عليها ، وأخذها من تركته بحكم القانون جبرا عنه ، وعن ورثته ـ كالاستحقاق فى الميراث فى الجملة ، وإن كانت تفترق عنه ، من حيث إن الموصى لهم لا يستحقونها بمجرد الوفاة من غير طلب كالميراث ؛ إذا لم يرد نص بأنها تنتقل الملكية فيها فور الوفاة من غير حاجة

إلى قبول أو طلب ، ولندرة الرفض كانت كالميراث ، وإن كانت فى ذاتها تأخذ أحكام الوصايا .

ولنضرب الأمثلة الموضحة التى تكشف عن مقصد القانون ، وبعض غرائبه

(ا) إذا كان لرجل ولد ذكر توفى فى حياته ، وله ابنة مثلا ، وتوفى ذلك الرجل عن زوجة ، وابنتين ، وأخت شقيقة ، فإن مقدار الوصية الواجبة الثلث ، لأنه لو فرض الابن المتوفى حياً عند وفاة أبيه لاستحق أكثر من ثلثها ، فلا يعطى فرعه كل نصيبه ، وتكون الوصية الواجبة هى الثلث ، وتأخذه بنته ، ويلاحظ أن الثلث الذى تأخذه بنت هذا الابن هو ثلث المال كله ، وبذلك يكون نصيبها أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن كل واحدة من البنتين ستأخذ ثلث الثلثين ، لا ثلث المال كله ، فإن كانت التركة ١٨٠ ف ، فتأخذ بنت الابن المتوفى ستين فداناً ، لأنها ثلث المال كله ، وتأخذ كل بنت للموصى أربعين فداناً ، لأن ذلك ثلث الباقى ، وهو ١٢٠ ف .

ويجب أن يلاحظ أنه إن كان للرجل بنت واحدة لا تجب الوصية لابنة الابن ؛ لأنها تكون وارثة ، ولكن ميراثها يكون السدس فقط ، فتستحق إذا كانت التركة (٨٠ف) مقدار ثلاثين فداناً ، وهذه إحدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق قانون الوصية بنصوصه ، ومعناه ، ومرماه .

(ب) وإذا كان لرجل ابن وبنت قد توفيا فى حياته ، وكان للبنت ابن بنت توفيت أمه ، وللابن بنت ابن متوفى أيضاً ، وتوفى الرجل عن بنت وابن . فإن الوصية الواجبة فى هذه الحال لا تشمل ابن بنت البنت ، لأن أولاد البطون لا يستحق منهم إلا الطبقة الأولى التى تلى الفرع المتوفى فى حياة أبيه وتستحق الوصية الواجبة بنت ابن الابن ، ويكون مقدارها الثلث ، لأن ما يستحقه أصلها المتوفى يكون أكثر من الثلث وحينئذ يكون نصيب بنت ابن الابن أكثر من نصيب البنت الصلبية ، لأن هذه أخذت ثلث الكل والصلبية استحقت ثلث الثلثين .

(حـ) وإذا كان لرجل ابن توفى فى حياته ، ولهذا الابن بنت ، وابن آخر توفى

فى حياته أيضاً وترك بنتاً ، أى أن فروع الابن الذى توفى فى حياة أبيه . بنت . وبنت ابن، ثم توفى الرجل عن زوجة وابن وبنت ، ففى هذه الحال تكون الوصية الواجبة هى الثلث ، لأن ما سيأخذه الابن لو كان حياً عند وفاة أبيه أكثر من الثلث ، ويقسم الثلث بين أول طبقة تلى هذا الابن ، وهى البنت وأخوها فتأخذ ثلث الثلث ، ويأخذ أخوها ثلثا الثلث ، وما أخذه يكون لابنته ، لأنه توفى فى حياة الأصل الأول ، فإذا كانت التركة ١٨٠ ف تكون الوصية (٦٠ ف) لبنت الابن المتوفى فى حياة أبيه (٢٠ ف) ولبنت ابن هذا الابن (٤٠ ف) .

وهذه أيضاً إحدى الغرائب التى يؤدى إليها تطبيق ذلك القانون .

٢٢٢ م — هذه أمثلة توضح ما اشتملت عليه المواد الخاصة بالوصية الواجبة من قانون الوصية .

ويلاحظ أن هذا القانون ، كشأن كل قانون عام فى نصوصه لم يبين طريقة استخراج مقادير الوصية الواجبة بالطريق الحسابية ، بل بين القاعدة ، والأصول التى تبنى عليها المسائل ، وترك للمطبقين له طريق الاستخراج بالطرق الحسابية ، إذ ليست هذه الطريقة حكماً يجب بيانه ، ولكنها حساب يلاحظ فى استخراج الأرقام فيه أن تكون مطابقة تمام المطابقة لألفاظ القانون وقواعده مقاصده . والقانون قيد من يستخرج حساب الوصية الواجبة بثلاثة قيود .

أولها — ألا تزيد على الثلث ، لأن المقدار الذى خصصه الله سبحانه وتعالى للوصية عامة هو الثلث ، فلا تتجاوزه الوصية الواجبة كما قدمنا .

وثانيها — أن تنفذ على أساس أنها وصية لا ميراث ، والوصايا تنفذ من كل التركة ، ومن رأسها ، بحيث تنال نصيب كل وارث من الورثة بالنقص ، فلا يختص بالنقص فريق دون فريق ، وعلى ذلك لا تنقص الوصية ، الواجبة من نصيب الأولاد دون غيرهم ، بل تنقص جميع الورثة ، لأنها وصية وإن كانت واجبة بحكم القانون .

ثالثها — أن تكون بمقدار نصيب الولد المتوفى فى حياة أحد أبويه، فلا تتجاوزه

لأن الغرض العام من القانون أن يأخذ الفرع نصيب أصله الذى توفى فى حياة أحد أبويه ، لا أن يأخذ أكثر منه ، لأن القانون نص على أنه يأخذ مثل ما كان يأخذ أصله لو كان حيا ، فهو يفرض الأصل حياً ، ويعطيه ما كان يأخذه على ذلك الفرض ، وليس من المعقول أن نعطى الفرع أكثر مما كان يأخذ أصله ، وهو ما أخذ إلا عن طريقه وباسمه .

٢٢٣ — هذه هى القيود الثلاثة التى ألزم القانون شارحه ومطبقه بالتقيد بها عند استخراج مايستحقه صاحب الوصية الواجبة بالسهام والحساب ، ويقيد الحل فوقها بألا يؤثر فرض وجود المتوفى فى الورثة الموجودين فعلا بالحجب .

ولقد فرضنا حلولا ثلاثة ، واختبرنا كل حل منها وجعلنا المقياس هو هذه القيود ، الثلاثة ، فما انطبق عليها تمام الانطباق قبلناه ، وما خالف بعضها تركناه عن بينة [1] .

الحل الأول — أن يفرض الفرع المتوفى حيا ، وتقسم التركة على فرض وجوده ، ويعطى أولاده نصيبه على ذلك ، ولنضرب لذلك مثلا .

توفى رجل عن زوجته ، وأمه وأبيه ، وبنت وابن ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المورث ، وترك ذلك المورث تركة قدرها ٣٦٠ ف .

فإننا إن فرضنا الابن المتوفى حيا ، وقسمنا ، يكون بعد استخراج السهام مايخص الزوجة هو ٤٥ ف ومايخص الأم ٦٠ ف ، والأب كذلك ٦٠ ف ويكون الباقى للأولاد للذكر مثل حظ الأنثيين وفيهم المتوفى الذى فرض حيا ، ويكون مايخصه ٧٨ ف ، تعطاها ابنته ، وهذا الحل ، وإن كان فيه القيد الأول والثالث قد توافرا لم يأخذ فرع الابن المتوفى ما أخذ على أنه وصية ، لأن الوصية تقضى بأن تنقص

---

(١) ذكرنا هذا فى بحث نشر بمجلة القانون والاقتصاد بعنوان (الجديد فى قانون الوصية) وذلك بعدد سبتمبر ١٩٤٧ المجلد السابع عشر وكان ذلك قبل أن يعرض الأمر على القضاء ويصدر فيه حكما ، وتصدر فيه فتوى دار الافتاء .

أنصبة الورثة أجمعين،وهنا نجد أصحاب الفروض لم تنقص أنصبتهم بما أخذه الابن، فلم ينقص إلا نصيب الأولاد .

وفوق ذلك فإن هذا الحل مفروض على أساس أن الابن يعطى ميراثه على أنه موجود ، والورثة يأخذون أيضا على أساس أنه موجود ، فيكون إشكال إذا كان وجوده يحجب بعض الورثة المستحقين فعلا كأن يكون فى المسألة زوجة وأربع بنات وأخت شقيقة وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وأخت شقيقة فإننا لو سايرنا ذلك الحل ، لكان مقتضاه أن تأخذ البنات بالتعصيب مع الابن ، وأن تحجب الأخت الشقيقة،وينتهى الأمر بأن نحجب وارثا حيا أعطاه الشارع الإسلامى لأجل فرض الابن حيا ، وأن يتحول نصيب البنات من الفرض إلى التعصيب ، لأجل ميت أيضا فرض حيا ، والقانون ما تعرض بالنفى للأنصبة الشرعية الثابتة بحكم القرآن وصحيح السنة ، ولكن كل ما صنعه أن زاد وصية واجبة .

ولذلك كان هذا الحل غير مقبول ، وإن كان بعض المحاكم الشرعية قد سار عليه ، ولكن الاستئناف ألغى تلك الأحكام .

٢٢٤ — الحل الثانى — أن يفرض أن الوصية الواجبة هى وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، فكأن واضع القانون فرض أنه إذا كان الموجود فرع ابن توفى فى حياة أحد أبويه تكون وصية واجبة بمثل نصيب الابن،وأنه إذا كان الموجود فرع بنت توفيت فى حياة المورث ، فإن المقنن يكون قد أوجب وصية بمثل نصيب بنت .

ولنطبق ذلك على هذا المثل ، وهو أن تتوفى إمرأة عن زوجها ،وبنت ، وابن وبنت ابن توفى أبوها فى حياتها،وترك تركة قدرها ٣٦٠ف،فانه تحل المسألة هكذا :

لا يفرض المتوفى حيا ، بل تحل المسألة بين الأحياء ، فيكون للزوج الربع ، والباقى للبنت والابن للذكر مثل حظ الأنثيين ويكون أصل المسألة - ٤ - للزوج - ١ - وللبنت - ١ - وللابن - ٢ - ثم يضاف مثل سهام الابن وتقسم التركة على ٦ فيخص الزوجة ٦٠ف،وللبنت ٦٠،والإبن ١٢٠ ف،وبنت الابن المتوفى ١٢٠ف.

وهذا الحل توافر فيه القيدان الأول والثانى ، ولم يتوافر فيه القيد الثالث ؛ لأن الابن لو فرض حيا تكون المسألة هكذا ـ الزوج والبنت والابنان ـ ويكون للزوج الربع ؛ والباقى للأولاد الذكر مثل حظ الأنثيين فيكون أصل المسألة ٤ يصحح إلى ٢٠ لعدم قبول الثلاثة القسمة على ـ ٥ ـ وتقسم التركة على ٢٠ فيخص السهم ١٨ ، ويكون للزوج ٩٠ ف ، وللبنت ٥٤ ف ، وللابن ١٠٨ ف .

وترى من هذا أن الابن لو كان حيا يأخذ ١٠٨ ف بينما تأخذ بنته على اعتبار أن الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة (١٢٠) وهذا غريب فى ذاته ومجاف للقواعد المتبعة فى تفسير القوانين ؛ إذ أن البنت تأخذ باسم أبيها ، فتأخذ ما كان يستحقه لو كان حيا ، فكيف تأخذ أكثر منه .

وإن هذه الزيادة تطرد فى كل المسائل التى يكون استحقاق الفرع المتوفى فى حياة أحد أبويه لا يتجاوز الثلث إن كان حيا .

وإنما اطردت تلك الزيادة ، لأن نصيب الأولاد على الحل الذى يعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة يقسم على عدد الأولاد الموجودين فعلا فتكون الحصة للواحد كبيرة ، ويكون ما يقابلها من التركة كبيراً ، ولو أضفنا مقدار ما خص أحدهم إلى سهام التركة. بينما إذا فرض الولد موجوداً ستكون القسمة على الأولاد الموجودين ، ومن فرض موجوداً ، ألا ترى أننا عند ما حللنا المسألة السابقة على اعتباره وصية بمثل نصيب أحد الورثة قسمنا نصيب الأولاد على بنت وابن ، بينما إذا كان الإبن المتوفى قد فرض موجوداً تكون القسمة على بنت وابنين .

من أجل هذا قلنا إن ذلك الحل غير مستقيم ، ولكن مع ذلك أخذ به فضيلة مفتى الديار المصرية فى فتاويه وقتا ما ، واعتبر ما عداه باطلا ، وسنبين وجهة نظره وناقشها إن شاء الله تعالى .

٢٢٥ م — الحل الثالث — وهو الحل الذى ارتضيناه من بين هذه الحلول التى فرضناها ، والقانون بعد بكر لم توضح مسائله ، وذلك الحل يتلخص فى أن نخطو لاستخلاص الوصية الواجبة وبيان ما يستحقه كل وارث ثلاث خطوات،

أولاها — أن نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حيا ، ويقدر نصيبه كالو كان موجوداً ، فإذا كان الميت قد ترك بنتين وابناً ، وأبا وأما وبنت ابن توفى أبوها فى حياته ، وترك تركة هى ٢٧٠ ف ـ نفرض الولد الذى توفى فى حياة أبيه حيا ، ويبين مقدار نصيبه بالسهام ، فيكون أصل المسألة ـ ٦ ـ وصححت إلى — ١٨ — يخص الأم السدس وهو ٣ ، والأب كذلك ـ ٣ـ وكل بنت ٢، وكل ابن ـ ٤ ـ وعلى ذلك يكون ما يخص الابن الذى فرض حيا من التركة ٤ ـ من ١٨.

الخطوة الثانية — أن يخرج من التركة ذلك المقدار ومقدار التركة ٢٧٠ ف فيضرب $\frac{٤}{١٨}$ × ٢٧٠ = ٦٠ ف فيكون هذا مقدار الوصية الواجبة ، ويستنزل من التركة فيكون الباقى ٢٧٠ — ٦٠ = ٢١٠ .

وذلك يكون نصيبه إذا كان مقدار نصيبه الثلث ، فأقل ، فإن كان أكثر لم يستنزل إلا الثلث .

الخطوة الثالثة — أن يقسم ذلك الباقى على الورثة الموجودين بتوزيع جديد من غير نظر إلى الولد الذى فرض حيا . فيكون للأب السدس ، وللأم مثله ، وللبنت والابن الباقى للذكر مثل حظ الأنثيين ، فيكون أصل المسألة ـ ٦ ـ وللأم ١ ـ وللأب ـ ١ ـ وللابن ـ ٢ ـ ولكل واحدة من البنتين ـ١ـ فتأخذ الأم ٣٥ف، والأب مثلها ، والبنت الواحدة — ٣٥ — والابن ٧٠ ف .

٢٢٦ — وهذا الحل ارتضيناه، لأنه لا يخرج عن القيود الثلاثة التى قيد القانون بها الوصية الواجبة ، فهو لا يجيز الزيادة على الثلث ، وهو ينفذ على أنه وصية ، لأنه ينقص مقادير جميع الورثة ، لا مقادير الأولاد فقط ، كشأن كل الوصايا تنفذ من أصل التركة كلها ، وهو يعطى فرع الولد المتوفى ما يستحقه لو فرض حيا بلا زيادة قط ، ولا نقصان إذا لم يزد عن الثلث .

وقد يقول قائل إن فرع الولد المتوفى سيأخذ أقل من الابن الموجود فعلا ، ونحن نقول إن القانون لم يشترط التماثل بين فرع الولد المتوفى ، ومن يستحق من الأولاد الموجودين فعلا ، إنما اشترط القانون بصريح اللفظ المماثلة بين ما كان

يستحقه الولد المتوفى ، وما يعطى بالوصية الواجبة ، وهذه المماثلة ثابتة قائمة ؛ وهى التى من أجلها نرتضى هذا الحل ، ونرفض الحل الذى اختاره فضيلة المفتى وقتاً ما ؛ وهو أحد الفروض التى ذكرناها [1] وبينا عدم استقامته ؛ لأنه وإن كان يجعل التماثل بين فرع الابن المتوفى وبين أعمامه قائماً ثابتاً ، يترك التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذه أصله ؛ فيوجد تماثلا غير مطلوب فى القانون ، ويترك التماثل المطلوب فى القانون .

٢٢٧ — كان إذن بيننا وبين فضيلة مفتى مصر الذى أفتى بهذا الحل اختلاف بسبب أنه اختار من الفروض التى ذكرناها ما رأيناه غير مستقيم ، لأنه يعطى فرع الولد المتوفى أكثر مما يأخذه الولد نفسه لو كان حياً ، ويرفض ما رأيناه مستقيما ، مع أنه يكون فيه التماثل بين ما يأخذ الفرع ، وما كان يأخذ أصله لو كان حياً ، وينفذ على أنه وصية ، ولا يرى أن فى أخذ الفرع أكثر من نصيب أصله لو كان حياً أى مخالفة للفقه والقانون .

ومن حق العلم والإنصاف أن نسوق ما اعتبره فضيلته دليلا يسوغ له ذلك ، وهو ما فهمناه من مناقشته ومناقشة مساعديه ، فقد فهمنا أنه يستدل بأمرين :

(أحدهما) أن صدر المادة — ٧٦ — يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته ، أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته وجبت للفرع . . . »

فهذا النص يستفاد منه أن مايستحقه الفرع وصية يكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة، وإذا كانت الوصية بمثل نصيب أحد الورثة، فإن حلها يكون بتقسيم التركة بالسهام على الورثة الموجودين، ويضاف إلى مجموعها مثل سهام الوارث الموصى بمثل نصيبه، وهو الولد، ثم تقسم التركة على سهام الورثة وسهام الموصى له ، فكذلك يكون المسلك هنا

وإذا قيل لهم إن المنصوص عليه وصية بنصيب الولد المتوفى لو كان حياً ، قالوا إن الفتاوى الهندية ، تقول إنه الموصى لو قال أوصيت بمثل ابنى لو كان حياً

(١) راجع بحثاً فى مجلة القانون والاقتصاد فى عدد سبتمبر سنة ١٩٤٦ المجلد السابع عشر ، العدد الثالث .

أو بنصيب ابنى لو كان موجوداً فإنها تكون وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتحل المسألة بفرض سهام الابن ، وتضاف إلى أصل المسألة .

وفوق ذلك فإن الموصى لو قال أوصيت لولد ابنى فلان المتوفى بمثل نصيبه لو كان موجوداً لا عتبر ذلك وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وحلت بالشكل الذى بينه صاحب الفتاوى الهندية ، فكذلك ما يقوم القانون بتنفيذه ، لأنه قائم مقامه فى إنشاء وصية على هذه الصيغة ، فيحل على أساس أن الوصية بمثل نصيب أحد الورثة ، ويسلك فيه طريق استخراجها .

(ثانيهما) أن القانون لم يبين طريق استخراج الوصية الواجبة مع الميراث ، وكل ما لم يبينه القانون يكون المرجع فيه المذهب الحنفى ، لأنه الأصل الذى يرجع إليه فى غير المنصوص عليه من الأحكام ، فإليه المرجع حيث لا نص ، ونحن إذا رجعنا إلى المذهب الحنفى فى حل وصية جاءت على هذه الصيغة لا نجد حلا لها فى ذلك المذهب إلا أن تعتبر وصية بمثل نصيب أحد الورثة .

٢٢٨ — هذا ما ساقه فضيلة المفتى الذى أفتى بذلك ومساعدوه ، ليستدلوا به على ما اختاروا من حل ، ولم نقرأه محرراً بقلمه أو أقلامهم ، ونرجو ألا نكون قد تزيدنا عليهم أو نقصنا بعض ماقالوا .

ونحن نقول فى رد ما ساقوا ، إنه كان يكفى أن يتبينوا أن ذلك الحل يؤدى إلى أن يأخذ فرع الولد المتوفى أكثر مما كان يأخذ الولد نفسه ، وإن واضعى ذلك القانون الذى لم يكن له أصل قط فى المذاهب الأربعة لم يقصدوا إلا أن يعطوا فرع الولد نصيب الوالد فى دائرة الثلث ، كان يكفى ذلك ليعملوا تفكيرهم العميق فى استخراج حل أقرب إلى العدل ، ولذلك لما علمت فى أكتوبر سنة ١٩٤٧ أن فضيلة الأستاذ الجليل المفتى قد كتب فتوى على تلك الشاكلة ذهبت إليه ، وأطلعته على البحث الذى نشرته فى مجلة القانون والاقتصاد ، إذ بينت فيه الحلول الثلاثة والمستقيم منها ، ونبهته إلى مايؤدى إليه الحل الذى اختاره ، ولكن ذهبت اليه بعد أن افتى .

ولذلك لم يكن لما قدمت جدوى ، وتجادلت بعد أن علمت الإصرار ، وأنا أعلم أن الجدل مع من يتمسك برأيه يزيده قوة إستمساك ، وعنفاً فيه ، ولكنى فعلت لتبرأ ذمتى . وعساى أن أصل إلى ما يغير فكرتى ، فلم أجد ما يغيرها ، ووجدت ما بينت خلاصته .

٢٢٩ — والآن نبين وجه الخطأ فى رأى فضيلة الأستاذ الجليل حفظه الله ، ولا عيب على عالم عظيم مثله فى أن يخطىء ، إنما العيب فى أن يدعى أنه لا يخطىء .

إن هذا الجزء من قانون الوصية قد وضعه المقنن المصرى غير معتمد على أصل أو رأى فى مذهب من المذاهب الأربعة ، بل على أى مذهب من المذاهب الإسلامية ، إلا شيئاً تعلق به من رأى لابن حزم فى جواز أن ينفذ القاضى بعض الوصايا من تلقاء نفسه ، وينفذ ما يبينه له ولى الأمر .

فجاء المقنن واستأنس بذلك فى تنظيم الوصية الواجبة ، وعلى ذلك يصح لنا أن نقول فى حق — أن ذلك التنظيم قانون وضعى ، يجرى فى تفسيره ما يجرى فى تفسير القوانين الوضعية ، مقيدين بأصول التفسير فى القانون ، وقواعد الدلالات اللغوية التى بينها اللغويون ، ونظمها الأصوليون بباب الدلالات فى علم الأصول .

وإن ذلك ينتهى بنا إلى أن نتقيد فى التفسير بأمرين :

أحدهما — ماتدل عليه الألفاظ لغة ، وما يرسمه اللغويون من دلالات للألفاظ ، ونستعين بما نظمه الأصوليون من قواعد للدلالات .

ثانيهما — الإستعانة بمقصد المقنن إن تبينت أماراته ، وقامت شواهده ، على ألا تحمل الألفاظ مالا تحتمل ، بل يرجع المقصد أحد إحتمالاتها ، ويعين المراد إن لم يكن اللفظ محكما فيه .

٢٣٠ — وإننا إذ نقيد أنفسنا فى التفسير ذلك التقييد نجد الطريق معبداً ، بل إن الألفاظ فيه لاتحتاج إلى تفسير ، فالمقنن صرح تصريحاً قاطعاً ، لا مجال للريب فيه بقدر الوصية الواجبة ، فقالت المادة ـ ٧٦ ـ فى عجزها . « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب (أى نصيب الولد المتوفى ميراثاً) فى حدود الثلث » .

فالوصية الواجبة تكون بقدر نصيب الولد المتوفى ميراثاً لو كان حياً ، فكل حل يعطيه أكثر من ذلك القدر يكون قد أعطاه أكثر من الوصية الواجبة التى نص القانون عليها .

الجزء الذى ساقه فضيلة المفتى لا يخالف ذلك النص ، ويتبين ذلك بأدنى تأمل ، فصدر المادة الذى أخذ منه مأخذه ـ نصه : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكما بمثل ما كان يستحقه ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته » التعبير بكلمة مثل يراد بها أصلى معناها اللغوى ، وهو المماثلة والمساواة فى التقدير ، فهى تعين أن القدر لا يصح أن يزيد عما كان يستحقه ابنه لو كان حياً ، ثم هناك كلمة أخرى تؤكد المراد من أن الوصية الواجبه لا يصح أن تزيد عن مقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى فى حياة أبويه ، وهى : « ما كان يستحقه ميراثا ، لو كان حيا عند موته ، فهذه العبارة تفيد أن ما كان يأخذه الولد ميراثا يئول إلى فرعه ، فلا يصح أن يكون ما يأخذه الفرع أكثر عما كان يأخذ الولد الذى أخذ هو عنه .

وعلى ذلك ننتهى بأن المادة تصرح بأن النصيب الذى يستحقه الفرع يكون بقدر ما يستحقه أصله لا يزيد عليه أى مقدار ، مهما يكن قليلا ، واستفيد ذلك من عبارة المادة فى ثلاثة مواضع .

أولها — التعبير بكلمة « مثل ما كان يستحقه » وكلمة مثل يراد منها المماثله والمساواة ، ولا مساواة إذا كان أحد الشيئين أكثر من الآخر .

وثانيها — كلمة « يستحقه ميراثا لو كان حيا » فهذه تقتضى أن يعرف مقدار إرثه ، ثم يعطى فرعه ذلك المقدار لا يزيد عليه فأذا كان هناك حل يعطيه أكثر مما يأخذه أصله ميراثا يكون باطلا ، ومخالفا لنص القانون .

وثالثها — وهو الأخير عبارة « وجبت للفرع فى التركة وصية بقدر هذا النصيب » .

وإذا كان النص كذلك فالتفسير اللفظى الحرفى فى المادة صريح كل الصراحة فى أن الوصية الواجبة لا تكون بأكثر مما يستحقه الولد الذى توفى فى حياة احد أبويه

ميراثاً ، فكل حل يؤدى إلى إعطائه أكثر يكون مخالفاً لنص القانون ، وكل مخالفة لهذا النص تكون باطلة ، والحل الذى يؤدى إليها يكون غير مستقيم .

٢٣١ — وإن المقصد الذى رمى إليه المقنن من سن الوصية الواجبة أن يأخذ هذا الفرع نصيب والده ، لكيلا يحرم فروع من يموت فى حياة أحد أبويه ، وهم ذرية ضعاف ، ولم يقصد المقنن قط أن يعطيهم أكثر من نصيب أبيهم ، وإلا كان ذلك شططا ، وخروجا عن الجادة ، إذ كيف يعطى الفرع باسم أبيه أو أمه أكثر مما كان يأخذه أبوه أو أمه ، هذا غريب فى بدائه العقول ، وكان ذلك وحده كافياً لأن يعتبر الحل الذى يؤدى إليه غير مستقيم .

وفوق ذلك إن الذى يستحقه الفرع لا يستحقه بذاته ، بل يستحقه بالتلقى عن أصله الذى مات فى حياة أحد أبويه ، ولقد كان ذلك مفهوماً لدى أعضاء مجلسى الشورى ، وهو سوغ لهم الموافقة .

وقد قال أحد الشيوخ مدافعاً عن الوصية الواجبة ، فوق منبر مجلس الشيوخ ، وفى حضرة صاحب الفضيلة مندوب وزارة العدل . قال ذلك الشيخ ما نصه :

« رجل يملك ، وله أولاد وبنات ، فإذا مات ولد من أولاده ، أو ابن ابن من طبقة أو طبقتين أو من ثلاث ، فهؤلاء كأنهم يرثون بالتعصيب ، وابن الابن ، وإن نزل يعتبر كأنه يمثل الابن الأول الذى مات ، ويرث من المورث فيما يخرج من الثلث ، لأنها وصية ، فيأخذ نصيبه ملكا وهذا المالك إذا كان له من أولاده بنت ، فالبنت إذا ماتت قبل ابنها يحتم القانون أن أبناء البنت ذكوراً وإناثاً يمثلون أمهم ، ويرثون فى المورث ، ومتى ورثوا ، ورثوا ملكا وانتفاعا ، وينتقل إلى ورثتهم من بعدهم »

قال هذا العضو ، وهو من أعضاء لجنة العدل ذلك فى المجلس مسوغا للقانون مدافعاً عنه ، ولم يخالفه أحد ، وخصوصاً فضيلة ممثل وزارة العدل ، أو بالأحرى ممثل لجنة الأحوال الشخصية التى وضعت القانون ، ولم يعترض فى اعتبار الوصية الواجبة إحلالا لفرع الولد المتوفى محل أبيه فيما كان يستحقه من ميراث ، بيد أن استحقاق الفرع لا يستحقه ميراثاً ، لمخالفة ذلك لنصوص القرآن ، والسنة المتضافرة بل يستحقه على أنه وصية ، تنفذ من التركة كلها ، وفى دائرة الثلث .

وإذا كان كذلك فالفكرة التى يتجه إليها المقنن ، وتعتبر مقصده الثابت أن الفروع يأخذون نصيب أصلهم الذى مات فى حياة احد ابويه .

وبالبناء على ذلك يتقرر أن الفروع يستحقون بالتلقى عن اصلهم المتوفى فى حياة أحد أبويه ، وكيف يعطون نصيباً أكثر من يتلقون الاستحقاق عنه ! إن هذا فى القياس عجيب .

٢٣٢ — وفوق ذلك إن القانون يوجب بنصه أن يفرض الولد الذى توفى فى حياة أحد أبويه حياً ، ويبين ما يأخذه ميراثاً ، لأن نص المادة يقول : « إذا لم يوص الميت لفرع ولده الذى توفى فى حياته أو مات معه ، ولو حكما بمثل ما كان يستحقه هذا الولد ميراثاً فى تركته لو كان حياً عند موته وجبت الخ » .

فالقانون بصريح لفظه يوجب فرض حياته ، وإعطاءه نصيبه ميراثاً ، ثم نقل نصيبه هذا إلى فرعه ، والحل الذى يجعله وصية بمثل نصيب أحد الورثة لا يفرضه حياً ، بل يزيد بمقدار سهام أحد الأولاد من غير حاجة إلى الفرض حياً ، ومن غير حاجة إلى تعرف مقدار ميراثه ، وهذه مخالفة واضحة لصريح القانون .

٢٣٣ — تبين مما تقدم مخالفة الحل الذى يجعل الوصية الواجبة وصية بمثل نصيب أحد الورثة - للقانون ، وبقى أن نجيب عن أمرين جاءا على لسان فضيلة الأستاذ المفتى . الجليل الذى أصدر هذه الفتوى :

أولها — أنه إذا قال الموصى : أوصيت لفرع ولدى فلان الذى توفى فى حياتى بمثل نصيب ابن من أبنائى ، فكيف نحلها ؟ الجواب عن ذلك أننا نعتبرها وصية بمثل نصيب أحد الورثة ، وتكون فى ضمنها الوصية الواجبة ، وما زاد على الوصية الواجبة وهى نصيب المتوفى يكون وصية اختيارية ، وما من حرج على الموصى فى أن يوصى لفرع ولده المتوفى بما يشاء غير مقيد بمقدار الوصية الواجبة والزائد يكون وصية اختيارية ، تستحق بهذا الأساس .

أما إذا لم يوص ، وهو ما نص عليه القانون ، فنحن مقيدون فى تقدير الوصية الواجبة بمقدار ما كان يستحقه الولد المتوفى ميراثاً لا تتجاوزه ، ولكن قد تنقصه إذا كان أكثر من الثلث ، وينفذ على أنه وصية يستخرج مقدارها من التركة قبل التوزيع .

ثانيهما — أن فضيلة المفتى الجليل قال إن القانون لم يبين طريقة إستخراج الوصية الواجبة ، فعلينا أن نرجع فى طريق إستخراجها إلى مذهب أبى حنيفة !! ونقول فى الجواب عن ذلك : إن طريقة الإستخراج ليست حكما فى موضوع لم يبين القانون حكمه إنما هى توضيح للقــانون ، وتطبيق له ، وما يسوغ أن نرجع فى تطبيق أحكام قانون إلى مذهب لم يؤخذ القانون منه ، ولم يكن له أصلا ، وفوق ذلك فإن القانون لا يضع طريقة لحلول مسائله ، إنما يتركها للمطبق ، بحيث لايخرج عن نصوصه وأحكامه ، بل يبحث عن أوفق الحلول لمطابقة نصه ومقصده ، وهذا قانون الميراث فهل فيه طرق حل المسائل ، إنما ترك ذلك للمطبق .

ثم إن إدعاء أن القانون لم يشتمل على الإشارة إلى طريقة الحل - غير سليم ، لأن القانون يصرح بأن الولد المتوفى يفرض حياً ، ويستخرج نصيبه ميراثا . ويعطى فرعه فى حدود الثلث ، على ، أنه وصية ، ونكرر ذكر ذلك النص ، إذ تقول المادة ٧ — إذ لم يوصى الميت لفرع ولده الذى مات فى حياته أو مات معه ولو حكماً بمثل نصيب هذا الولد ميراثا فى تركته لو كان حيا عند موته ، فهو صريح فى وجوب فرضه حيا ، واستخراج نصيبه ميراثاً ، واخراجه من التركة على أنه وصية ، ثم يقسم الباقى من التركة بعد ذلك بين الورثة الشرعيين .

فكيف يدعى بعد ذلك أن القانون لم يبين طريق الحل .

وأخيراً ، لو كان القانون لم يبين طريق الحل ، فلا يصح أن تأتى بحل يهدم نصه ومقصده.

فلا يرجع إذن إلى مذهب أبى حنيفة فى طريق إستخراج الحل ، لأن الحل ليس حكما ، بل تطبيق لما إشتمل عليه القانون من حكم ، وتفسير لمقاصده ، والعماد فى ذلك القانون نفسه وقوة إستنباط المفسر .

وحل فضيلة الأستاذ الجليل يخالف نص القانون ، ويخالف مقصده ، فلا يمكن أن يعتبر حلا لمسائله .

٢٣٤ — ونريد أن نذكّر فضيلة الأستاذ المفتى الجليل بأن هذا القانون زيادة عن فرائض الله سبحانه . وإنه إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا مأثور

السنة النبوية الشريفة ، ولم يؤثر عن إمام إلزام بما لم تلزم به نصوص الكتاب الكريم ، ولا مأثور السنة النبوية الشريفه . ولم يؤثر عن المشهورين من فقهاء الصحابة ، ولم يذكره أحد من جمهور الفقهاء ، فهل يسوغ بعد هذا أن نزيد فى العطاء، ونعطى ابن الابن أكثر مما كان يأخذه أبوه ، وبنت البنت أكثر مما كانت تأخذ أمها !! اللهم إنا قد أدينا أمانة العلم ، واطنبنا فى البيان ، لكى نخرج من الربقة ولا نتحمل التبعة ، والله على ما أقول شهيد .

٢٣٥ م — والآن نستعرض بعض المسائل ، ونبين طريق حلها :

(ا) إذا توفى شخص وترك بنتين وابنا ، وابا وأما ، وبنت ابن توفى أبوها فى حياة المتوفى ، وترك تركة قدرها ٥٤٠ ف فانه يفرض الابن المتوفى حياً ، وتقسم التركة بالسهام على ذلك الأساس ، فيكون للأب السدس ، وللأم السدس ، والباقى للأبناء والبنات . ويكون أصل المسألة ٦ ، ويصحح إلى ١٨ ، فيخص الأب ٣ ، والأم ٣ ، وكل بنت ٢ ، وكل ابن ٤ فتكون سهام الابن المتوفى $\frac{4}{18}$ ، وتخرج من التركة فتكون ١٢٠ ف فهذا هو مقدار الوصية الواجبة .

ثم يقسم باقى التركة من جديد وقدره ٤٢٠ ف على الورثة الحقيقيين كأنه لا أحد سواهم .

(ب) وإذا توفى شخص عن زوجة ، وبنت ، وبنت بنت توفيت فى حياة المورث، والتركة ٤٨٠ ف فتفرض البنت المتوفاة على قيد الحياة ، وتأخذ مع الأخرى ثلثين ، والزوجة الثمن ، ثم يرد الباقى عليهما فيكون نصيب المتوفاة أكثر من الثلث ، فلا تعطى ابنتها إلا الثلث ، ويخرج من التركة فيكون الباقى ٣٢٠ف يقسم على الورثة الحقيقيين ، وهم الزوجة والبنت ، فالزوجة تأخذ الثمن ، والباقى للبنت فرضاً ورداً.

(حـ) وإذا توفيت عن زوج ، وبنت ابن ، وبنت بنت ماتت فى حياة أمها . وتركت ٤٥٠ ف ، فإن البنت تفرض موجودة على قيد الحياة ، ويأخذ الزوج الربع ، والبنت النصف ، وبنت الابن السدس ، والباقى يرد على بنت الابن ، والبنت، ويكون إستحقاق البنت على ذلك أكثر من الثلث ، فتعطى بنتها الثلث ويخرج

من ٤٥٠ ، فيكون الباقى ٣٠٠ يقسم على الورثة الحقيقيين ، وهما الزوج وبنت الإبن فيكون للزوج الربع ، والباقى لبنت الإبن فرضاً ورداً .

(ء) وإذا توفى شخص عن بنتين ، وبنت ابن توفى فى حياة أبيه ، وبنت ابن ابن توفيا فى حياة المورث ، فإنه فى هذه الحال يستخرج نصيب الابنين اللذين توفيا فى حياة أبيهما فيكون لهما ثلث تركته ، وعلى ذلك لاتنفذ الوصية إلا فى الثلث ، فان كانت التركة ١٨٠ ف فان الوصية الواجبة هى ٦٠ ف تقسم بين الابنين ، ويكون نصيب كل ابن يذهب إلى فرعه ، فيخص بنت الابن ٣٠ ف ، ويخص بنت ابن الابن ٣٠ ف .

هـ) توفى شخص عن أخت شقيقة ، وأخت لأب ، وأخوين لأم ، وبنت بنت توفيت فى حياة ابيها فإنه فى هذه الحال تفرض البنت على قيد الحياة ، ويكون نصيبها النصف ، فتكون الوصية الواجبة بمقدار الثلث فقط ، فان كانت التركة ٣٦٠ ف كانت الوصية الواجبة ١٢٠ ف ، ويقسم الباقى بين الورثة الشرعيين وهو ٢٤٠ ف ، فيكون للأخت الشقيقة النصف ، وللأخت لأب السدس ، وللأخوين لأم الثلث ، ويكون أصل المسألة ٦ ، وتوزع التركة على ذلك الأساس والله سبحانه وتعالى وارث الأرض ومن عليها ، وإليه المصير .

بيان مايشتمل عليه الكتاب

القسم الأول

القسم الثانى

٨٤ — أحكام التوريث

١ — أصحاب الفروض

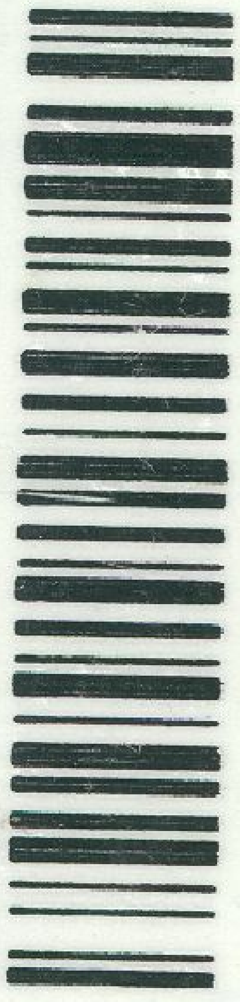
٢ — العصبة النسبية

٣ — الرد

٤ — ذوو الأرحام

تم والحمـــد لله





الثمن ٧ جنيها